

الدكتور فتحي الدريني
الأستاذ في كلية الشريعة
جامعة دمشق

الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده

بحث في أعظم معضلة عرفها العالم في القانون والسياسة والاقتصاد، وهي «فكرة الحق وطبيعته» بحثاً علمياً مقارناً في أصول الفقه الإسلامي، والفقه الوضعي وتشريعاته في معظم دول العالم، ويبين بجلاء موقف الشريعة الإسلامية من هذه الفكرة التي تعتبر مدار الصراع المحتدم في عصرنا الحاضر بين الشرق والغرب.

مؤسسة الرسالة



رفع
عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

الدكتور فتحي الدريني
الأستاذ في كلية الشريعة
جامعة دمشق

الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده

يبحث في أعظم معضلة عرفها العالم في القانون والسياسة والإقتصاد، وهي « فكرة الحق وطبيعته » بحثاً علمياً مقارناً في أصول الفقه الإسلامي، والفقه الوضعي وتشريعاته في معظم دول العالم، ويبين بجلاء موقف الشريعة الإسلامية من هذه الفكرة التي تعتبر مدار الصراع المحتدم في عصرنا الحاضر بين الشرق والغرب.

مؤسسة الرسالة

الطبعة الثالثة

١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م



مؤسسة الرسالة بيروت - شارع سوريا - بناية صمدي وصالحة
هاتف: ٣١٩٠٣٩ - ٢٤١٦٩٢ ص.ب: ٧٤٦٠ برقياً: بيوشران

الإهداء

إلى اللذين دعما فيّ روح الخير ، والثقة بالله جل وعلا ، والمصابرة ، والجرأة في الحق ، والصراحة التي لاتعرف نفاقاً أو تزلفاً . . . وحُب العلم ، ثم أمداني بما أسعفني على تحصيله والتفاني فيه . . . نذراً لله في اعلاء كلمته ، وخدمة شريعته . . . والديّ العزيزين .

إلى من استقيت من روحه الطاهرة ، وصوفيته النقية ، ونفسيته البريئة ، رُواء الخير والصلاح والتقوى ، والثقة المطلقة بالله سبحانه ، واخلاص العمل ابتغاء وجهه الكريم — جدي الحنون .

الى استاذي الجليل ، الذي أسبغ عليّ من علمه وفضله ، وصادق عونه ، وسديد توجيهه ، فضيلة الشيخ طه الديناري .

إلى التي آمنت باخلاصها ، وصفاء نفسها ، وبراءة سريرتها ام المهند .

بسم الله الرحمن الرحيم

تقديم

بقلم حضرة صاحب الفضيلة الاستاذ الشيخ طه الديناري
عميد كلية القانون والشريعة
بجامعة الازهر

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله وأصحابه أجمعين ، وبعد :

فقد درج بعض الاساتذة على أن يضعوا بين يدي كل كتاب جديد ألّفه أحد تلاميذهم أو زملائهم ، مقدمة تقليدية ، فيها من الاطراء والثناء ما يغلب على الظن أن يكون وسيلة لتزكية المؤلّف ، ورواج المؤلّف ، دون أن يستبين القارىء – لأول وهلة – مدى مطابقة ذلك للجهد المبذول ، والنتائج العلمية المبتكرة ، التي تعتبر بحق لسان صدق على قيمة البحث العلمي الدقيق المنتج ، في منهجه وأدلته ، ووجوه استنباطه ، وسلامة مقدماته ، ومنطقية نتائجه .

واذا كانت البحوث العلمية النظرية تتطلب في زمننا هذا – بالنظر الى تعقد مشكلات الحياة – جهداً صابراً ، وتخصصاً دقيقاً ، وثقافة ممتازة ، حتى يمكن أن تصل الى تقرير حقائق مبتكرة مدعمة بالاصول والأدلة ، والتفكير العلمي الحرّ في حدود المنطق السليم ، لتزيد في الثروة العلمية ، والتقدم الانساني ، وينتفي عنها

معرّة التكرار والاجترار والاختزال والجمود والتشويه ، فان البحث العلمي في الفقه الاسلامي وأصوله ، لأشدّ عسراً ، وأوعر مسلكاً ، وأعزُّ مطلباً ، لتعدد المذاهب الفقهية فيه ، وتشعب الآراء حتى في المذهب الواحد بل في المسألة الواحدة ، ناهيك عن تعقد أسلوب القديم من مصنفاتها ، وفقدان المنهج العلمي فيما تناولته من أبحاث ، حتى غدا هذا الفقه – على الرغم من تقسيمه الى أبواب وفصول – مسائل شتى وفروعاً مبعثرة ، يُبحث كل منها – فيما يبدو – على ضوء ما كان يطرأ من الوقائع والأحداث .

اما النظريات : فلم يكن المجتهدون القدامى من الاصوليين والفقهاء – رضوان الله عليهم – ليعنوا بصياغتها ، والبحث في ضوابطها ومعاييرها ، وانما كان اجتهادهم العلمي – على وفرته وغزارته – منصباً كله على تعرُّف حكم الله في كل واقعة تطرأ أو من الممكن أن تقع ، وعلى تقعيد القواعد التي لا يمكن أن تؤلف كل منها نظرية كاملة .

على أن هذا لا يغض من شأو هذا الفقه الاسلامي ، فالواقع أن هذا هو شأن الاجتهاد في كل فقه أصيل ، إذ الفقه في أصله فروعي واقعيّ ، يلبي حاجات الأمة في كل زمن وفي كل واقعة كما تطرأ ، ويمكن أن ترتد فروعه الى اصول ثابتة تنتظمها ، ولا تجد فيها إلا هذا المنطق التشريعي السليم .

على أنا لا ننكر أن صياغة هذه النظريات من تلك الفروع المنثورة التي لا يحصيها عدّ من العنت والعسر بمكان .

هذا ، وقد نهض تلميذنا البارّ ، الاستاذ الدكتور فتحي الدريني ، بجهد وإخلاص نادرين ، ببحث « فكرة الحق وطبيعته في الفقه الاسلامي » وهو مدار الصراع الدائر اليوم بين الشرق والغرب ، وبيَّن بجلاء وجهة نظر الشريعة الاسلامية في أخطر معضلة قانونية واقتصادية وسياسية عرفها العالم حتى اليوم .

وقد سلك المؤلف في بحثه هذا منهجاً علمياً جديداً ، وأقامه على أساس من

أصول الفقه الاسلامي وقواعده العامة ، فضلاً عن الاستدلال بالكتاب العزيز والسنة المطهرة، وفقه الصحابة، واجتهادات أئمة المذاهب الفقهية جميعاً، ولم يسبق لباحث – فيما رأيت – أن تناول هذا الموضوع الحيوي الخطير بهذه الأصالة والعمق ، يستبين فيه القارىء « نظرية الفقه الاسلامي » نفسه ، وذلك تمهيداً لبحث آخر منبثق عن الأول ، لا يقل عنه خطورة وجدوى ، وهو بحث الدستور الذي يحدّد مدى استعمال الحق في الشريعة الاسلامية، أو ما يسمى اليوم «بنظرية التعسف في استعمال الحق » .

وصل المؤلف في بحثه الى استنباط هذه النظرية بمعاييرها البينة الواضحة ، واقامها على اصول من مصادر الشريعة ومقاصدها ، وقواعدها الكلية ، واجتهاد الأئمة من لدن الصحابة – رضوان الله عليهم – الى يومنا هذا ، وهي نظريةٌ يُفاخر بها الفقه الاسلامي الفقه الوضعي وتشريعاته في القديم والحديث ؛ بما توفق بين حرية الفرد ومصلحة الجماعة في ضوء مقتضيات العدالة وتطورات الحياة ، وبما تجعل من الحقوق وسائل لمصالح وغايات جدّية ، اقتصادية واجتماعية شرعت تلك الحقوق من اجلها ، وأبان المؤلف ان الفقه الاسلامي في نصوصه وروحه ومقاصده يسبغ المشروعية على تلك الحقوق – أيا كان نوعها – ما دامت تمارس من قبل اربابها توخياً لتحقيق غاياتها ، حتى يكون قصد المكلف في هذا العمل موافقاً لقصد الله في التشريع ، وإلا كانت المناقضة ، وهي العلة في سلخ صفة المشروعية عن تلك الحقوق ومنع التسبب فيها ، وترتيب الجزاء والضمان على ما ينجم عن ذلك التنكّب من أضرار ، او تفويت للمصلحة التي من اجلها شرع الحق .

ثم بين المؤلف ان هذه النظرية ترتبط اساساً بنظرية الحق ، لا بنظرية « التعدي » او بالخطأ المولد المسئولية التقصيرية في الفقه القانوني ، وهو خطأ لم يتجنب الوقوع فيه جلّ الباحثين في هذا العصر .

وأوضح المؤلف بجلاء الفرق بين «التعدي» ومجاوزة حدود الحق الموضوعية ،

وبين « التعسف » الذي يفترض اساساً التصرف داخل حدود الحق ، غاية ما في الامر انّ المصلحة التي شرع من اجلها تعتسف ، وقد وفق في ذلك توفيقاً عظيماً .

ثم أبان انها نظرية وارفة الظل ، ينبسط رواقها على جميع انواع الحقوق من دستورية وجنائية ودولية ومدنية وتجارية وأسرية .

ثم أخذ المؤلف يقارن ابحاثه الفقهية والاصولية بنظائرها ـ ان وجد لها نظائر ـ في الفقه الوضعي ، متتبعاً القديم منه حتى الفقه الروماني فضلًا عن الفقه الحديث وتشريعاته ، هذا فيما يتعلق ببحث « مفهوم الحق وطبيعته » .

أما فيما يتعلق بنظرية « التعسف » فقد اثبت الدكتور الدريني ان الفقه الوضعي القديم لم يكن ليعرف هذه النظرية ، اذ لم يُعثر فيه على شيء من مبادئها ، إلا ما يزعمه بعض الفقهاء والكاتبين بنوع ادعاء او تأويل متعسف فيه ، وعلى نحو ضيق .

أما الفقه الوضعي الحديث ، و كذلك القضاء ، فقد عرف كل منهما شيئاً من مبادئها في القرن الماضي ، حين اضطرته ظروف الحياة الجديدة ، الى تحكيم تلك المبادىء توخياً للعدالة . هذا في الفقه الوضعي قديمه وحديثه ، وفي القضاء الحديث . اما التشريعات الوضعية فمن المقطوع به انها لم تعرف هذه النظرية إلا في مطلع هذا القرن العشرين ، في حين ان الشريعة الاسلامية ، قد أتت بها اصولاً وفروعاً وتطبيقات لا تحصى منذ ان بزغ فجر الاسلام على ربوع هذا الكون ؛ ثم توسع الأئمة المجتهدون ـ رضوان الله عليهم ـ في تطبيقها .

جاء المؤلف بهذا البحث الاصولي الفقهي في الشريعة الاسلامية ، مقارنا بالفقه والتشريع الوضعيين ، واضعاً آراء الباحثين ، شرقيهم وغربيهم ، في ميزان النقد العلمي الحرّ ، ومبيناً دقة وجهة نظر الشريعة في كل اولئك ، وكانت شخصيته العلمية ماثلة في كل سطر من سطوره ، كما بدت عناصر ثقافته الواسعة التي تجمع الى تبحّره في اصول الفقه الاسلامي وفقهه ، تضلّعاً في العلوم القانونية

والسياسية ، في دراسات عليا من كلية الحقوق بجامعة القاهرة ، هذا الى جانب ثقافته الادبية والتربوية بجامعتي القاهرة وعين شمس .

ومما تبدى لي من خلال اشرافي الدقيق على هذه الرسالة العلمية القيمة ان الاستاذ الدكتور فتحي الدريني ، أصولي ثبت ، وعالم باحث دقيق النظر ، قوي العارضة ، أصيل الرأي ، متين الحجة ، متوقد الذكاء ، ناصع البيان ، يزين كل اولئك صفاء العقيدة في صدق العبودية .

وقد نال هذا الكتاب أعلى درجة علمية تمنحها جامعة الازهر ، وهي درجة « الامتياز » .

وفي اعتقادي ان هذا البحث فريد في نوعه ، ويعتبر فتحاً جديداً للبحوث العلمية في الفقه الاسلامي منهجاً وعمقاً وأصالة ، وارى ان لا غنى لمراكز الثقافة الانسانية والاجتماعية والقانونية والسياسية في العالم عن الانتفاع بهذا الكتاب ، ولا غنى أيضاً - ومن باب أولى - للمثقفين والمتخصصين عن دراسته وتفهمه ، بما أحيا جانباً من كنوز هذا الفقه الاسلامي الذي يدعم الحياة الانسانية الفاضلة ، ويحافظ على قيمها ، وينشر رواق الحق والعدل فيها ، ويجعل للمثل العليا ، والمبادىء الخلقية : من شرف الباعث وطهارة النية والغيرية ، منزعاً في التشريع الأمر الذي ضلت عنه التشريعات المتطرفة في العالم الى يومنا هذا ، وذلك آية سماويته .

وختاماً أسأل الله له ما أسأله لنفسي من الخير ، والتوفيق ، والسداد ، وان ينفع به العلم والاسلام والمسلمين انه سميع مجيب .

طه الديناري
عميد كلية القانون والشريعة
بجامعة الازهر

١ جمادى الاولى ١٣٨٦
١٧ آب ١٩٦٦

تقرير

اللجنة المؤلفة من قبل جامعة دمشق

لفحص الانتاج العلمي

بناء على قرار مجلس كلية الشريعة المؤرخ في ٢٧/٥/٩٦٥ والقاضي بتسميتنا نحن الموقعين لجنة لفحص الانتاج العلمي للدكتور السيد فتحي الدريني المعيد في الكلية المذكورة، والذي حاز اخيراً رتبة العالمية (الدكتوراه من كلية الشريعة في الجامعة الازهرية) وذلك لمعرفة كون انتاجه العلمي محل البحث يؤهله لان يكون مدرساً في كلية الشريعة بجامعة دمشق .

اجتمعنا في يوم الخميس المصادف ٤ من صفر ١٣٨٥ هـ ٣/٦/١٩٦٥م بعد ان سلم الدكتور فتحي قبل اسبوع كل واحد منا نسخة من رسالته التي نال بها رتبة الدكتوراه، وعنوانها « الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده » (ونظرية التعسف في استعمال الحق بين الشريعة والقانون) فتبين لنا بعد دراسة الرسالة العلمية المذكورة منفردين ثم التداول فيها مجتمعين مايلي :

آ – حجم الرسالة :

تقع الرسالة المذكورة في (٤٨٣) صفحة من صفحات المستنسخ (الفولسكاب) يضاف اليها ثبت المراجع وفهرس تحليلي للموضوعات .

ب – مصادر الرسالة والعزو فيها :

رجع المؤلف الى مجموعة كبيرة من المراجع الهامة القديمة والحديثة في اصول

الفقه والفقه المذهبي ، والفقه العام والمقارن ، والقانون المدني باللغة العربية والفرنسية ، والقانون العام . وقد سلك المؤلف في العزو الى هذه المراجع والاحالة عليها الطريقة العلمية الدقيقة في عزو الآراء والتفصيلات الى اصحابها ومواطنها من مؤلفاتهم بتعيين الجزء والصفحة دون الاكتفاء بالعزو الاجمالي .

ج - موضوع الرسالة واهميته :

ان موضوع الرسالة هو من الموضوعات الهامة جداً في النظم القانونية ،وفي الحقل المدني منها ، فنظرية التعسف في استعمال الحق هي من النظريات الاساسية التي استرعت انظار فقهاء القانون والشراع والشراح ، وظلها منبسط على جميع آفاق القانون في تحديد استعمال الحق وطريقة ممارسته بصورة لا تخل بقصد الشارع حتى تكون فكرة الحق اداة عدل واستصلاح لا اداة كيد واذى .

وقد تبدى للباحثين من القانونيين العرب ان اصل النظرية في الشريعة الاسلامية التي سبقت الى تقريرها وتحكيمها في فروع القضايا . ولكن هذه النظرية لم تجمع اجزاؤها وتفاريعها في بحث يخصها ويبرزها ويبين مكانتها وسلطانها في بناء الاحكام . وهي وان كانت قد عالجها فريق من القانونيين ومن فقهاء الشريعة لاتزال تعتبر ارضاً بكراً لم تحرث وتستنبت كما يجب .

وهذه الرسالة تعتبر بحق البحث الاول المستكمل في هذه النظرية حسن الشريعة الاسلامية ، كما يتضح من الملاحظات التالية عن مضمون هذه الرسالة وخطتها .

د - مضمون الرسالة وخطتها :

قسم المؤلف الرسالة الى مقدمة وثلاثة ابواب رئيسية اشتملت على كثير من الفصول والمباحث الفرعية .

١ - ففي المقدمة قدم تمهيداً بين يدي الموضوع بين فيه منهج الرسالة ولخص

اسس الموضوع ومرتكزاته وشأنه في الفقه الاسلامي وفي القانون الوضعي .

٢ - وفي الباب الاول تناول بالبسط والتفصيل طبيعة الفقه الاسلامي ونظرية القانون ، وفيه تكلم في فصول متتالية عن الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده في نظر المذهب الفردي ومذهب التضامن الاجتماعي ، وعن مفهوم الحق في الفقه الاجنبي وما حوله من آراء وصلته بنظرية التعسف ثم عن فكرة الحق في الفقه الاسلامي بحسب طبيعة هذا الفقه ، واوضح هنا ان الفقه الاسلامي تقويمي لاتقريري ، فهو مشرب بعناصر المثل العليا والكمال الخلقي والفضيلة النفسية ، وهذا ماجعله تربة خصبة لنظرية التعسف التي يتجلى فيها النزعة الخلقية والاجتماعية في التشريع والحقوق التي تتقرر في ظله. ثم تكلم عن مبدأ العدل المطلق في الفقه الاسلامي وصلته بنظرية التعسف ، ثم عن مؤيدات هذا المبدأ من مصادر الفقه بطريق الاستحسان والاستصلاح وقاعدة سد الذرائع وقاعدة الحيل ، ثم تكلم عن واقعية الفقه الاسلامي وغايته في نظرته الى الفرد والجماعة ونظرة الاسلام الى المال وفكرة الاستخلاف والوظيفة الاجتماعية للانسان فيه وما يتبع ذلك من مسؤولية الفرد والجماعة ثم تكلم عن الحق والاباحة في الفقه الاسلامي، وهنا بين توسط النظرية الاسلامية في ذاتية الحقوق وغيريتها وصلة ذلك بنظرية التعسف، كما فرق بين الاباحة والرخصة والحق، وتكلم كلاماً جيداً عن قاعدة (الاصل في الاشياء الاباحة) ثم ختم هذا الباب بفصل اخير عن الاسس التي يستند عليها تقييد الحق في الفقه الاسلامي من قاعدة المصالح والتضامن وفكرة الخلافة الانسانية في الارض ، وصفة الوسطية ، وصلة كل ذلك بنظرية التعسف .

٣ - وفي الباب الثاني تكلم عن اصل النظرية (نظرية التعسف) في الفقه الاسلامي في فصول متتالية شارحاً فيها فلسفة التعسف في نظر الاصوليين منطلقة من فكرة المصلحة التي شرع الحق من اجلها باعتبار انه وسيلة لاغاية . وهنا اوضح ايضاحاً جيداً ما غمض على كثير من الباحثين السابقين في الموضوع من

الاشتباه بين التعسف في استعمال الحق وبين المجاوزة لحدود الحق، فوقعوا في الخلط بين الموضوعين، واضاعوا بذلك مزية النظرية الرفيعة في التعسف الذي هو غير التجاوز او التعدي او الاضرار الذي شرعت فيه المسؤولية التقصيرية عن الفعل الضار الخاطىء.

ثم تكلم في ادلة النظرية من الكتاب والسنة وفقه الصحابة والاصول التشريعية والقواعد الفقهية باسهاب جلى فيه المؤلف واستقصى، ثم تناول البحث في معايير التعسف في نظر الفقه الاسلامي، ثم ربط هذه المعايير المتعددة بالاصل العام الذي ينتظمها، ثم اوضح مجال تطبيق نظرية التعسف وبين انه يشمل حتى الاباحات والحريات العامة، ثم بين الجزاء المشروع في الفقه الاسلامي عن التعسف وانواعه المتضامنة من دنيوية واخروية ليكون من العقيدة زاجراً عن التعسف في استعمال الحق المشروع.

٤ — وفي الباب الثالث عرض عرضاً جيداً مرتباً على سبيل المقارنة نظرية التعسف في القانون، اي في الفقه والتشريع الوضعيين وتطوراتها التاريخية من القانون الروماني الى القانون الفرنسي الحديث سنة (١٨٠٤) فالقانون المصري القديم والجديد ثم سائر القوانين المدنية الحديثة في العالم الغربي وقوانين البلاد العربية مع عرض المذاهب والنظريات الفقهية والاجتهاد القضائي في معايير التعسف.

هذه خلاصة منهج الرسالة ومحتوياتها.

ه — ومن الجدير بالذكر ان المؤلف ابرز في خلال البحوث الآنفة الذكر اموراً هامة جداً في المقاييس التشريعية حول الفقه الاسلامي ومنها مايلي:

١ — ان فكرة الحق ثابتة وهي دعامة اساسية يدور عليها التنظيم التشريعي في الفقه الاسلامي.

٢ـ ان الحق ليس بذاته وظيفة اجتماعية . وهذه الفكرة تترتب عليها نتائج هامة .

٣ ــ ان الحق ذو طبيعة مزدوجة في نظر الفقه الاسلامي فليس فردياً محضاً ولا جماعياً محضاً ، بل يجمع بين الصفتين .

٤ ــ ان مشروعية استعماله رهن باتجاهه نحو الغاية التي شرع كوسيلة لتحقيقها .

٥ ــ ان نظرية التعسف نظرية مستقلة لها كيان ذاتي خاص وليست تبعاً او تطبيقاً لنظرية اخرى كالتعدي او الخطأ المولد للمسؤولية التقصيريه .

٦ ــ ان معايير نظرية التعسف في الفقه الاسلامي اوسع شمولا وادق تحديداً مما في الفقه الاجنبي وهذا مايجعلها ايسر تطبيقاً في القضاء ، واكثر تحقيقاً للعدل .

ــ والخلاصة :

ان هذه الرسالة تعتبر انتاجاً علمياً قيماً جداً فيه كثير من الابتكار ، وليس فيها على سعتها توسع بالاستطراد الى بحوث يتضخم بها الحجم دون صلة جوهرية بالموضوع كما يرى احياناً في رسائل اخرى . وقد ملأت هذه الرسالة فراغاً كبيراً كان يلحظ في هذا الموضوع الهام كلما كتب فيه كاتب او حاضر فيه محاضر ، لانها احاطت واستقصت اطراف البحث المتشعبة التي كانت زوايا مغلقة ففتح الدكتور فتحي اغلاقها ونبش مافيها من اسس وقواعد وعرضها عرضا وافيا متناسقا فقامت نظرية كاملة فسرت احكام الفقه الاسلامي في كثير من مقرراته غير المفسرة وبينت قابلياته غير المحدودة لامداد العصور بالتشريع الوافي بالحاجات المتطورة ورسمت الطريق السوي للقضاء العادل في ظل الفقه الاسلامي .

وان هذه الرسالة تعتبر نتاجاً علمياً ممتازاً يرتقي بصاحبه الى اهلية التدريس في كليةالشريعة بجامعة دمشق، وهو ذو جدوى كبيرة، وقيمة علمية قيّمة، ليس بالنظر الىالفقه الاسلامي فقط؛ بل بالنظر الىالقانون الوضعي الذي يفيد كثيراً مما فيها من ثروة عظمى في النظام القانوني من الشريعة الاسلامية .

مصطفى الزرقاء
رئيس قسم القانون المدني والشريعة الاسلامية
في كلية الحقوق من جامعة دمشق

ماجد الحلواني
استاذ القانون المدني في كلية الحقوق
من جامعة دمشق

يوسف العش
عميد كلية الشريعة بجامعة دمشق

محمد المبارك
رئيس قسم الفقه الاسلامي وقسم العقائد والاديان
في كلية الشريعة بجامعة دمشق



بسم الله الرحمن الرحيم

المقدمة

لم تكن نظرية الشريعة الاسلامية في اصولها العامة التي تنبثق عنها أحكامها المنبسطة الظل على جميع شئون الحياة ومناحيها ؛ لتستقي من حوادث محلية طرأت ، او ظروف حاقت بمجتمع ما في زمن معين ، حتى تكون صدى لتلك الظروف ، او انعكاساً لتلك الاحداث ، تتبدل بتبدلها ، فتنهار اسسها الاولى لتحل اصول اخرى تقضي على البنيان التشريعي كله في اسسه وغاياته ، او بعبارة اخرى ليست أثراً للارادة الانسانية بما يحرك تلك الارادة من دوافع النفس او انفعالاتها ؛ حتى تكون خاضعة للاهواء ، هذا ، وغاية الشريعة لم تتمخض عن صراع بين مصلحة الفرد والمجتمع ، حتى تحدد على ضوء افتئات احداهما على الأخرى .

الشريعة الاسلامية سماوية الاصول ، تتصل بالفطرة الانسانية التي فطر الله الناس عليها ، وهي ما انزلت الا لتخرج الناس عن دواعي اهوائهم ، وشطط نزعاتهم ، وما عرفنا كالهوى عابثاً في التشريع !

على انّ الشريعة الاسلامية اذ أرست أصولها على مقتضى من سنن الفطرة الثابتة في الكون ، بحيث يسود تطبيقها ونتائجها مقتضيات العدل والخير والرحمة والتعاون في دائرة البر ، ولا سيما ابان ممارسة الانسان لما منحه الشارع من حقوق ، لاتغفل مايستدعيه سير الحياة بالناس وتطورها من احكام لهذه الاوضاع الجديدة ، وما تتطلبه الحاجات الطارئة من وفاء تشريعي ؛ لان

في سعة تلك الأصول الثابتة مايفي بذلك كله الى ان يرث الله الارض ومن عليها فهي شريعة ثابتة في اصولها ، متطورة في فروعها .

وليس مانقرره هنا ضربا من الزعم ، او الادعاء غير المدعمّ بالدليل ، فهذا كتابنا ينطق على الناس بالحق .

استنبط هذا الكتاب « معالم فكرة الحق وطبيعته » في الشريعة الاسلامية ، والمباديء التي يرتكز عليهـــا تقييده ، وما تسبـغ على « الحق » من صفة خلقية واجتماعية ، وتكييف استعماله بما يوفق بين مصلحة الفرد ومصلحة الجماعة .

وليس هذا بعيد التصور عن شريعة سماوية تمثل المبادىء الخلقية فيها حجر الزاوية ، وتصطبغ احكامها الدنيوية بالصبغة الدينية التي تعتمد على نبل الغاية وشرف الباعث ، حتى امتزجت مبادىء الخلق بمباديء التشريـع ، وهو امر ظل يسعى الى تحقيقه فقهاء القانون الوضعي ، ولكنه مازال حلماً من احلامهم .

ونقصد بالصبغة الاجتماعية للحق تلك التي لاتجعل من الفرد محور التشريـع الاسلامي وغايته دون نظر الى الجماعة ، ومصلحتها ، فالشريعة الاسلامية اقرت الحق الفردي حتى اضحى معلوماً من الدين بالضرورة ، كما اقرت حق الجماعة ، ومن هنا كانت غاية الشريعة في اصولها واحكامها التفصيلية مزدوجة ، وهي رعاية المصلحتين : مصلحة الفرد ومصلحة الجماعة ، ووضعت من القواعد ماينسق التعارض بينهما حسبما يقضي به العدل وتغليب الخير ما أمكن ، ولم تهدر احدى المصلحتين على حساب الأخرى ، لان في هذا — فضلا عن التطرف والظلم — تجاهلًا لمكونات الواقع .

وبهذا اصبح للحق وظيفة اجتماعية ، وكتابنا هذا ، اذ يبحث في « الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده » « ويخرج الى الوجود « نظريـة التعسف في استعمال الحق » بمعاييرها الدقيقة المنضبطة ، مدعمة الاصول ، مستنبطة من الكتاب العزيز ، والسنة المطهرة ، وفقه الصحابة ، واجتهادات أئمة الفقه الاسلامي في مختلف مذاهبه

مما ينبيء عن ان الشريعة الاسلامية قد انطوت فيها هذه النظرية منذ ان بزغ على الكون نورها ، اقول ان كتابنا اذ يبحث في ذلك كله ، يقارن بما اهتدت اليه التشريعات الوضعية في مطلع هذا القرن من مبادىء هذه النظرية؛ لتحاول التوفيق بين حرية الفرد ومصلحة الجماعة كما قدمنا .

هذه النظرية اذن لم تكن معروفة في تشريعات العالم قبل هذا القرن، بينما هي في الشريعة الاسلامية بيّنة الاصول، تامة الاركان منذ اربع عشر قرنا، ثم هي غزيرة التطبيق في فقهها ، وارفة الظل على جميع انواع الحقوق من مدنية واسرية ودستورية، ودولية.

هذا ، ولارتباط نظرية التعسف في استعمال الحق ، بالحق نفسه من حيث طبيعته ومدى استعماله ، بحثنا «فكرة الحق وطبيعته» وجعلناه في القسم الاول من هـذا المؤلف .

وتوضيحاً لما سبق اقدم مزيداً من البيان لما سلكت من منهج ، وللعناصر التي قام عليها بحق هذا الكتاب . توطئة وتيسيرا لتمثل مباحثه وتفهمها على نحو عميق ودقيق ، وهي مباحث لا اعدو الحقيقة اذا قلت انها — في معظمها — مبتكرة في تناولها ونتائجها .

أ — منهج البحث :

سلكت في هذا البحث المنهج التحليلي والاستنتاجي ، وذلك بعرض النصوص والآراء وتحليلها ومقارنتها ، ثم استخلاص المبادىء العامة .

غير انـه فيما يتعلق بالفقه الاسلامي ، تحلل النصوص والآراء وتقارن بالاستناد الى الادلة من مصادر التشريع . المنصوص عليها وغير المنصوص ، وعلى ضوء من اصول الفقه الاسلامي والقواعد الفقهية العامة .

وعلى ضوء من هذا التحليل والمقارنة والاستنتاج المدعم بالادلة استخلصت نظرية التعسف في استعمال الحق ، بنية الاصول ، واضحة المعايير ، منبسطة الظل على جميع انواع الحقوق .

ب - تفاصيل المنهج :

ولما كان التعسف في استعمال الحق يفترض اساساً وجود الحق ، والحق تتحدد طبيعته ومداه على ضوء من طبيعة الفقه نفسه ، والمبادىء التي يقوم عليها ، اقتضانا ذلك تحرياً للمنهج العلمي في دراسة العلوم الاجتماعية الغائية كالتشريع، ان نبحث - بادىء ذي بدء - فيما يأتي :

طبيعة الفقه الاسلامي .
الاسس التي يرتكز عليها .
غاية هذا الفقه ، من الفردية او الجماعية .
وسيلة تحقيق هذه الغاية - وهي الحق .
طبيعة هذا الحق ومداه .

المبادىء التي يرتكز عليها الحق لتحقيق غاية الفقه حتى لا يلزم التناقض بين الوسيلة والغاية .

ثم مقارنة ذلك بنظيره من اهم المذاهب في فلسفة القانون - المذهب الفردي ومذهب التضامن الاجتماعي وفكرة الحق فيهما .

حـ - طبيعة الفقه الاسلامي :

١ - نقرر اولاً ان المقاصد الاساسية وما يتبعها او المصالح - وهي غايات الحقوق - من وضع الشارع الحكيم ، وليس للمجتهدين سلطة ابتداع المصالح ، بل عليهم تقصيها والكشف عنها عن طريق الادلة المنصوبة في الشرع من الكتاب والسنة، والاجماع، والقياس، والاستدلال الصحيح المستند الى روح الشريعة، وليس للمجتهدين ايضاً تنكب هذه المصالح الحقيقية في التشريع الاجتهادي بالاستناد الى ظواهر النصوص من الاطلاق او العموم، لان هذا تعسف في التشريع ولا يجوز.

٢ – **يجمع بين المثالية والواقعية**، او يمزج في قواعده بين الخلق والتشريع فلا تكاد تلمس فاصلاً بينهما ، وهذه ميزة يتفرد بها الفقه الاسلامي، ويحلم فقهاء القانون بتحقيقها ، ومن هنا كان الفقه الاسلامي تقويمياً لا تقريرياً . وعلى أساس المثالية قامت الدعامة الخلقية كحجر أساسي في التشريع ، ومن هنا وجدت فيه فكرة التعسف – باعتبارها تمثل النزعة الخلقية في أرقى مظاهرها – تربة خصبة، فنمت ، وترعرعت كنظرية عامة مدعمة الأصول بينه المعايير ، وارفة الظل ، تنبسط على جميع الحقوق .

وعلى هذا الأساس المثالي أيضاً ، قام مبدأ العدل المطلق في الفقه الاسلامي كمؤيد لنظرية التعسف ، سواء في ميدان السلطة والحكم في جميع مظاهره ، أم في ميدان التشريع الاجتهادي ، ليدرأ اعتساف المصالح الحقيقية التي هي غاية التشريع وروحه .

وتبدو واقعيته في اعترافه بالمصلحة الفردية ومصلحة الجماعة ، لما في الغاء إحداهما على حساب الأخرى من تجاهل لمكونات الواقع ، وإنكار لمقتضيات الفطرة ، كما يعترف بالفرد وكيانه الشخصي ، واستقلاله **وحريته** .

أما استقلال الفرد فليس مطلقاً حتى يكون انانياً منعزلاً ، بل هو مرتبط بالجماعة ارتباط تعاون في دائرة البر، واما حريته فقد ارسى التشريع الاسلامي قاعدة المسئولية الفردية والمسئولية الجماعية تجاه ممارسة الفرد لخالص حقه وهذه المسئولية هي التي تبرر هذه الحرية وتقيدها بما يصون **حق الغير** من الاعتداء والتعسف على سواء.

د – غاية الفقه الاسلامي :

غايته مزدوجة : مصلحة الفرد والمصلحة العامة، وشرع من القواعد العامة المحكمة ما يكفل التنسيق بينهما عند التعارض ، على مقتضى من العدل والحكمة والمنطق التشريعي السليم .

هـ - وسيلة الفقه لتحقيق غايته :

كان منطقياً إذن أن يشرع من الوسائل ما يحقق هذه الغاية المزدوجة : المصلحة الفردية والمصلحة العامة ، **فشرع الحق الفردي ، وشرع حق الجماعة** ، يرشدنا الى هـذا تقسيم الاصوليين - في باب المحكوم فيه - الحق الى قسمين رئيسين : حق العبد ، وحق الله ، وقالوا في الاول هو ما يتعلق به مصلحة خاصة ، وفي الثاني ما يتعلق بـه النفع العام ، ولذا اضيف اليه تعالى لعظم خطره وشمول نفعه .

ومن هنا اعترف بالملكية الفردية كدعامة أساسية في التنظيم التشريعي ، كما هي دعامة أساسية في الحياة الاقتصادية والاجتماعية ، وصانها وحماها حتى أصبح تقرير هـذا الحق في الشريعة معلوماً من الدين بالضرورة والبداهة . كما اعترف بالملكية الجماعية في حدود ما تقتضيه المصلحة العامة ، وما يدرأ الضرر الأشد عن المجتمع الاسلامي .

و - تدخل الدولة :

وحماية للمصلحة العـامة شرع تدخل الدولة ، وتقدير الظروف التي تستدعي التدخل محكوم بالقواعد الفقهية العامة المعروفة ، فعدم التدخل اذا ترتب عليه مفسدة عامة حقيقية هي أربى من التدخل - على ما يقضي به المجتهدون وخبراء الاقتصاد أو الاجتماع أو السياسة حسب الأحوال - صير إلى التدخل بالقدر الذي يدرأ هذا الضرر العام ، وذلك لأن استعمال الحق الفردي في بعض الظروف يؤدي الى ضرر عام فيمنع في هذه الحالة درءاً للتعسف ، ولا يتم ذلك الا بتدخل ولي الأمر حيث تقتضي الحاجة العـامة ذلك ، وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب ، وبحث سلطة ولي الأمر ومدى تدخله في شؤون الأفراد متعلق بباب السياسة الشرعية ، وقد عني الفقهاء المسلمون ببيان أحكامها أيما عناية ، رعاية

للصالح العام ، وهو باب متفرع عن أصل سد الذرائع ، وهذا يعتبر بدوره توثيقاً للمبدأ العام الذي قام عليه التشريع الاسلامي من جلب المصالح ودرء المفاسد وان درء المفسدة اولى من جلب المصلحة .

تضطلع نظرية التعسف باقامة التوازن بين المصلحة الفردية والمصلحة العامة :

وإقامة التوازن بين المصلحة الفردية ومصلحة الجماعة هو ما تضطلع به نظرية التعسف في استعمال الحق على ضوء من القواعد العامة المحكمة في الشريعة .

ز ـ طبيعة الحق الفردي في الفقه الاسلامي :

١ ـ الحق منحة وليس صفة طبيعية للانسان :

حق الفرد ـ في نظر الشريعة ـ **منحة منه تعالى** ، إذ الفرد لم يستحق هذا الحق بحكم الأصل ، وهذا مبدأ له خطره من حيث تقييد الحق ، إذ يترتب على هذا النظر أن الشريعة **هي أساس الحق ، وليس الحق هو أساس الشريعة** ، أي أن الحق الفردي ليس صفة طبيعية جاءت الشريعة لتقريره ، وبناء الأحكام عليه كما هو الشأن في القوانين ذات النزعة الفردية ، بل الشريعة هي التي أنشأت الحق ، ومنحته الفرد ... كما شرعت المصالح التي قررت هذه الحقوق لتحقيقها.

٢ ـ الحق مجرد وسيلة لتحقيق غايته وليس غاية في ذاته :

الحق في الشريعة مجرد **وسيلة** الى تحقيق غايته ، وهي الحكمة او المصلحة التي من أجلها شرع الحق ، فاستعمال الحق في غير ما شرع له تعسف .

٣ ـ الأصل في الحق التقييد لا الاطلاق :

وإذا كانت الشريعة هي أساس الحق ، فالأصل في **الحق التقييد**؛ لأنه مقيد

ابتداء بما قيدته به الشريعة ، وعلى هذا فليس الأصل فيه الاطلاق ، بل التقييد ووسائل التقييد في الشرع منها النصوص الخاصة ، ومنها القواعد العامة ، ومنها مقاصد الشريعة .

وتأسيساً على هذا النظر ، يمكن أن يتصور الفعل مشروعاً في ذاته بالنظر على استناده الى حق ، وغير مشروع بالنظر لاستعماله في غير غايته ، أو لمناقضته لروح الشريعة ، أو قواعدها العامة ، وهذا هو لباب فكرة التعسف .

ح ـ الحق الفردي ذو طبيعة مزدوجة :

والحق في الفقه الاسلامي ذو طبيعة مزدوجة أيضاً ، ولا يتسم بالفردية المطلقة ، تلك الطبيعة تعتبر انعكاساً طبيعياً وحقيقياً لصفة الانسان باعتباره كائناً اجتماعياً لا فرداً فطرياً منعزلاً ، أي يجمع بين الفردية والاجتماعية ، وهذا ما يقرره المحققون من علماء الأصول كالشاطبي ، إذ يقرر أن كل حق فردي مشوب بحق الله ، وحق الله هذا هو المحافظة على حق الغير فرداً كان أم جماعة ، ولو أبان استعمال الفرد لحقه كسباً وانتفاعاً ، أي أن المحافظة على حق الغير لا تكون بالامتناع عن الاعتداء فحسب ، لأن هذا مقرر في جميع الشرائع ، بل وعن التعسف في استعمال الحق أيضاً ، اذا ترتب عليه ضرر بالغير فرداً كان أم جماعة ، يتبين ذلك من الأمثلة التي ضربها الشاطبي لحالات التعسف تطبيقاً على هـذا الأصل ، وهو ما لم تصل الشرائع الوضعية الى تقريره إلا في مطلع القرن العشرين ، وعلى نحو ضيق ومبهم كما قدمنا .

فمراعاة حق الغير أو مصلحته إذن منظور اليها في كل حق فردي ، واستعماله مقيد بما يمنع المساس بها ، ولا ريب أن هذا الأصل يسبغ على الحقوق صفة اجتماعية .

ومما يؤكد هذه النزعة الاجتماعية في التشريع الاسلامي انه يحرم الاضرار بالغير دون وجه حق ، في شتى صوره ، وبأي وسيلة من الوسائل ، ولو كانت في

ظاهرها مشروعة ، ومن ذلك التعسف ، بل يجعل للغير حقاً في أن يرتفق وينتفع بملك المالك قسراً عنه اذا دعت الحاجة ـ لا الضرورة فحسب ـ الى ذلك، شريطة أن لا يعود على هذا الأخير ضرر .

وبهذا أمكن القول بأن الشريعة الاسلامية لا تعرف الحقوق المطلقة ، ولا تقرّ استعمال الحق على وجه تعسفي أو غير اجتماعي .

ط ـ للحق وظيفة اجتماعية وليس هو بذاته وظيفة اجتماعية :

من الخطأ الشائع لدى بعض المتفقهة في الشريعة ان الحق وظيفة اجتماعية ولكنه ـ عند التحقيق ـ ليس كذلك ـ اذ لو اعتبر وظيفة اجتماعية ، لكان صاحب الحق موظفاً او مجرد وكيل يعمل لصالح الجماعة دون نظر الى مصلحته الخاصة ، وهذا في الحقيقة الغاء لفكرة الحق ، في حين ان الشريعة الاسلامية أقرت المصلحة الفردية اولاً ، وشرعت لها وسيلة تحقيقها ، وهو الحق الفردي ، ثم قيدته بما يمنع الاضرار بالغير من الفرد والجماعة ، وهذه هي الوظيفة الاجتماعية للحق ، فالحق في الشريعة لا يعدو كونه ميزة لصاحبه أولاً ، غير انه يجمع الى ذلك عنصراً اجتماعياً ، وبذلك كان مزدوج الطبيعة .

ي ـ نظرية التعسف تقيم التوازن بين عنصري الحق :

كان لنظرية التعسف الفضل في الابقاء على فكرة الحق ، لانها لم تلغ فكرة الحق بتحويله الى وظيفة اجتماعية، بل حافظت على عنصريه الفردي والاجتماعي، ثم اقامت التوازن بين هذين العنصرين ، حتى لا يطغىَ احدهما على الآخر ،واقامت التوازن ايضاً بين المصالح الفردية وصالح الجماعة من باب اولى كما ذكرنا ؛ لان الضرر في اهدار مصلحة الجماعة أشد .

وبالجملة، فطبيعة الحق الفردي في الشريعة انه منحة منه تعالى لتحقيق المصلحة التي من أجلها شرع ، وليس صفة طبيعية للانسان ، وان الاصـــل فيه التقييد

لا الاطلاق؛ لان الشريعة هي اساس الحق ، وليس هو اساس الشريعة ، كما انه وسيلة لتحقيق غاية وليس غاية في ذاته ، والا لكانت طبيعته الاطلاق ، ثم هو ذو صفة مزدوجة فردية واجتماعية، فليس فرديا مطلقاً، ولا وظيفة اجتماعية خالصة.

ك ـ الأسس التي يقوم عليها تقييد الحق هي :

الاساس الأول

ان المصالح معتبرة في الاحكام – او كما يقول الاصوليون : الاحكام – وهي مناشىء الحقوق – مبنية على مصالح العباد ، ويتفرع على هذا الاصل ان الحق انما شرع لتحقيق مصلحة قصدها الشارع، وينتج عن ذلك كقضية منطقية ان قصد الشارع من المكلف ان يكون قصده في العمل موافقاً لقصد الله في التشريع ، فاستعمال الحق في غير ما شرع له من المصلحة تعسف ، لانه مناقضة لقصد الشارع ، ومناقضة الشرع عيناً باطلة بالاجماع ، فما ادى الى ذلك باطل .

وعلى هذا، فاستعمال الحق لمجرد قصد الاضرار، او دون مصلحة تعود على صاحبه، او لتحقيق اغراض تافهة او ضئيلة لا تتناسب مع الاضرار اللاحقة بالغير من الفرد او الجماعة، او اتخاذ الحق ذريعة لتحقيق مصالح غير مشروعة ، بالتحايل على قواعد الشريعة ، كل ذلك تعسف محرم في الشرع ، لمناقضته قصد الشارع في التشريع ، ولا نعني بالتعسف الا هذا .

الاساس الثاني :

التكافل الاجتماعي ، وهو ثمرة طبيعية لاصول مستقرة في الشريعة تنبع من اصل العقيدة ، وهو تكافل جاءت النصوص بتقريره بما يشمل جميع نواحي الحياة، مادية كانت ام معنوية، ومن ثم فلا يجوز استعمال الحق على وجه يخل بهذا التكافل، اما التكافل المادي بوجه خاص، فهو يقيد الحق الفردي بالنسبة لحق فردي مثله ، كما يقيده بالنسبة لحق الجماعة ايضاً .

الاساس الثالث :

مبدأ الخلافة الانسانية في الارض، فهو اصل الالتزامات الايجابية والسلبية في استعمال الحقوق ؛ لانها مقيدة بما شرع المستخلِف، وهو الله سبحانه من احكام لتتحقق هذه الخلافة على الوجه الاكمل .

الاساس الرابع :

الوظيفة الاجتماعية للمال :

ان المال وسيلة أمن وخير ، ولا يكون كذلك الا اذا ادى وظيفته نحو الجماعة ، من الانفاق والتثمير ، في الوجوه المشروعة ، فاستعمال حق الملكية اذن مقيد بهذين العنصرين .

الاساس الخامس :

التوسط والاعتدال ، وقد جاءت النصوص بتقرير هذا الاصل ، وذلك مما ينفي عنه استعمال الحق صفة الغلو والتطرف ، او الاهمال والتفريط .

ل ـ نظرية التعسف ثمرة هذه الاصول :

الاسس التي تقيد الحق هي بعينها التي تقوم عليها نظرية التعسف .

حقيقة التعسف وطبيعته :

يقوم التعسف في استعمال الحق على فعل مشروع لذاته ، لانه يستند الى حق او اباحة ، ولكن هذا الحق استعمل على وجه يخالف الحكمة التي من اجلها شرع الحق ، والمخالفة او المناقضة تظهر من ناحيتين :

الأولى : من حيث الباعث الدافع الذي حرّك ارادة ذي الحق الى ان يتصرف

بحقه لتحقيق غرض غير مشروع ، من الاضرار بالغير ، او هدم قواعد الشرع ، بتحليل محرم ، او اسقاط واجب ، تحت ستار الحق .

الثانية : من جهة النتيجة او الواقعة المادية او الثمرة التي تترتب على استعمال الحق بحد ذاتها، بقطع النظر عن العوامل النفسية ـ فاذا كانت تلك النتائج اضراراً او مفاسد راجحة مُنع التسبب فيها، اي مباشرة الحق، ووجه المناقضة هنا ظاهر؛ لان الحقوق لم تشرع وسائل لتحقيق مضار او مفاسد غالبة، الامر الذي لا يتفق مع أصل الشريعة ، من انها مبنية على جلب المصالح ودرء المفـــاسد ، وان درء المفاسد مقدم على جلب المصالح .

م ـ التعسف يرتبط اساساً بغاية الحق ومدى استعماله :

وقد انتهيت في بحثي الى ان التعسف يرتبط اساساً بغاية الحق ، والمصلحة التي شرع من أجلها، فالتعسف في حقيقته تنكب تلك المصلحة بوسيلة اوباخرى، وليس متعلقاً بالسلطات التي يخولها الحق صاحبه ، لانهـا مشروعة في الاصل كما بينا ، بدليل ان المتعسف لو زايله الباعث غير المشروع ، او انتهى الى مآل غير ممنوع ، عاد استعماله لحقه كما كان في الاصل مشروعاً .

أو بعبارة أخرى ان التعسف لا يتعلق بمضمون الحق او حدوده الموضوعية بل بالباعث على الاستعمال، او نتيجة هذا الاستعمال ،وذلك هو المقصود بغاية الحق.

ن ـ التمييز بين التعسف والمجاوزة :

لما كان الخلط بين التعسف والمجاوزة قد وقع فيه كثير من الفقهاء المعاصرين حتى اضحى مفهوم هذه النظرية غير محدد في اذهانهم ، رأيت ان اميز بين التعسف والمجاوزة ، فأوضحت ان التعسف يفترض اساسا وجود الحق ، اي ان المتعسف يتصرف داخل حدود الحق الموضوعية لا يتعداها ، وعلى هذا فالفعل في التعسف مشروع لذاته ،ولكنه معيب في باعثه او مآله، في حين ان الفعل في المجاوزة غير

مشروع لذاته ، بقطع النظر عن باعثه او نتيجته ، حتى ولو كانت نتيجته نفعاً ذلك لانه لايستند الى حق أصلاً؛ فهو محض تعد ،لتجاوز حدود الحق الموضوعية، وهذا هو فيصل التفرقة بينهما .

س – تأصيل التعسف :

واوضحت ان التعسف ليس مبناه « التعدي بالتسبب في المفهوم الشرعي ولا « الخطأ » في المفهوم القانوني المولد للمسئولية التقصيرية ، لان ارتباط نظرية التعسف بغاية الحق على النحو الذى قدمنا يعني عدم ابتنائها على فكرة التعدي عن طريق التسبب في المفهوم الشرعي أو « الخطأ » وهو مبنى المسئولية التقصيرية في المفهوم القانوني ايا كانت صورة ذلك الخطأ .

ع – استقلال نظرية التعسف :

وايدنا استقلال النظرية ، ونفى اعتبارها مجرد تطبيق لنظرية المسئولية التقصيرية ، واشرت الى انه يجب الا يضللنا عن حقيقة التعسف اطلاق بعض الفقهاء لفظ « التعدي » عليه ؛ اذ ليست العبرة بظاهر اللفظ ؛ بل بماهية التعسف وحقيقته .

كما ينبغي الا يضلل فقهاء القانون ما أتى به القضاء الفرنسي في القرن الثامن عشر والتاسع عشر من حلول على مقتضى نظرية التعسف ، ومحاولة تبريرها بناء على فكرة « الخطأ » مبنى المسئولية التقصيرية في القانون ؛ لان ذلك كان لظروف قهرية حملتهم على ذلك ، وهي خلو القانون آنذاك من نصوص تقرر هذه النظرية، لما كان يسوده من نزعة فردية ؛ فقد كان ذلك التبرير لاسباغ صفة المشروعيه على تلك الاحكام .

ف – فكرة التعدي بطريق التسبب في الشرع او فكرة الخطأ في القانون كلاهما يقصر عن استيعاب جميع حالات التعسف :

ان التعدي بطريق التسبب في الفقه الاسلامي يرتكز اساسا على فعل غير مشروع لذاته ، وهذه ناحية موضوعية ، في حين ان التعسف يرتكز اساسا على فعل مشروع في الاصل. على أنا لو اخذنا بالمفهوم المتطور لفكرة التعدي، عند الفقهاء المتأخرين، وهي التي تعتمد العوامل النفسية من مثل تعمد الاضرار، أو الاهمال، أوعدم التبصر، فانا نجد ان من الحالات مايتحقق فيها التعسف لمجرد حدوث واقعة الضرر على قدر معين من الجسامة، دون نظر الى العناصر النفسية من الدوافع والبواعث اوالاهمال والتقصير في اتخاذ الحيطة، بل قد يتحرك دور هذه النظرية قبل التسبب في الفعل لمجرد توقع الضرر ، اي احتمال وقوعه احتمالا راجحاً ، فيدفع قبل الوقوع، بما لاينطبق عليه قاعدة التعدي بالتسبب او قاعدة المسئولية التقصيرية .

على ان الضرر البين اللاحق بالجار او الضرر العام اللاحق بالجماعة يمنع صاحب الحق من التسبب فيه عن طريق استعماله لحقه ، ولا ينظر في هذه الحال الا لمجرد هذه الواقعة المادية ، فعناصر التعدي او المسئولية التقصيرية لاتنطبق هنا لامرين :

الاول : ان عنصر الخطأ غير مشروط، فيمنع ذو الحق من استعماله لحقه ولو كانت نيته حسنة ، اي ولو كان يشارك مثلا في الاقتصاد القومي، وتنمية الثروة العامة، كاقامة مصنع مثلا اذا ادى ذلك الى تعطيل الانتفاع بالمنافع المقصودة من العقارات السكنية التي اقيمت حوله .

الثاني : ان المسئولية المدنية ينظر فيها الى الخطأ والضرر كل منهما على استقلال ، ولا يشترط في الضرر ان يكون على قدر معين من الجسامـــة ، ثم ينظر الى علاقـة السببية بينهما ، في حين ان المسئولية التعسفية تشترط في الضرر . ان يكون بينا او فاحشا او عاما ، أي الى هذه النتيجة المادية الواقعة

ولا تنظر الى الخطأ ، فيكتفي اذن في هذه الحال بمجرد التسبب لتقوم المسئولية التعسفية،وهي مسئولية مطلقة غير مشروطة بالخطأ او التعدي بطريق التسبب ، على خلاف ماتقضي به قواعد المسئولية التقصيرية .

ص – المسئولية المطلقة ينادى بها اليوم فقهاء القانون الدولي والمدني :

على ان هذه المسئولية المطلقة التي قررها الشرع الاسلامي منذ نشأته وتبلورت بها قواعده الفقهية العامة ، هي التي ينادى بها اليوم فقهاء القانون الدولي لتطبق في ميدان العلاقات الدولية، اي لتحكم استعمال الدولة حق السيادة على اقليمها في اجراء تجارب ذرية على ارضها لما يترتب على ممارسة هذا النشاط الخطر – من نتائج وآثار ضارة بالدول المجاورة تصيب الكائنات الحية من الناحيتين الحيوية والوراثية،وهذه الآثار قد تمتد الى الاجيال المقبلة،وذلك باعتبار ان هذه المسئولية أمرٌ تتطلبه الظروف الجديدة؛وبناء على ذلك تكون الدولة بممارسة هذا النشاط الذي يتسم بطابع الخطورة الشديدة مسئولة مسئولية مطلقة تطبيقا لفكرة التعسف في معيارها المادي – عن الاضرار التي تلحقها بالدول المجاورة او برعايا تلك الدول مع اغفال البحث عن عنصر الخطأ .

وفي القانون المدني الداخلي :

تطورت نظرية المسئولية المبنية على الخطأ في الانظمة القانونية الداخلية لكي تتلاءم مع ظروف الحياة في المجتمعات الصناعية ، فأخذ القانون الامريكي والالماني وغيرهما بمبدأ المسئولية المطلقة عن النشاط شديد الخطر ، فيكون الشخص الذي قام بالنشاط مسئولا ولو اتخذ كل الاحتياطات الممكنة لمنع الضرر ، اي ولو لم يثبت أي خطأ من جانبه .

واذا كانت نظرية التعسف بهذه المثابة من السعة والمرونة بحيث تستجيب

لظروف الحياة المتجددة ؛ فانها في الوقت نفسه تعتبر عاملا هاما في تطوير النظم التشريعية والقانونية .

ف ـ الوظيفة الوقائية لنظرية التعسف :

على ان احكام نظرية التعسف تتحرك قبل صاحب الحق فيمنع قضاء قبل اقدامه على ممارسة حقه كما قدمنا ، اذا كان الضرر الذي يترتب على استعماله لحقه متوقعا او متحملا احتمالا راجحا ، توقيا من وقوعه ، وهذا الدور لانراه لقواعد المسئولية التقصيرية ، او التعدى .

ليس الضرر دائما علة التعسف :

وايضا ليس الضرر دائماً هو علة التعسف ، بل قد يبطل التصرف الشرعي القولي ـ من العقود ، وبالتالي لاتترتب عليه آثاره ،دون نظر الى **واقعة الضرر** اطلاقا او احتمال وقوعه ، وذلك لمجرد مخالفة ذلك التصرف للحكمة الغائية او المصلحة التي من اجلها شرع . كما في نكاح التحليل؛ فانه ـ على رأي المحققين باطل ؛ لمخالفته للغرض الاجتماعي الذي من اجله شرع النكاح .

ولا نرى للتعدي بطريق التسبب في الفقه « او الخطأ » القانوني دورا في هذه الحالة . كما يبطل التصرف الشرعي القولي كالعقود ، وبالتالي لاتترتب عليه آثاره ، ولو لم يلحق بالغير ضررا مباشرا ، كما في تصرفات السفيه ، اذ يحجر عليه لتعسفه في حق نفسه .

وهذا مما يقطع بان قواعد التعدي بالتسبب او المسئولية التقصيرية لامجال لها في هذه الاحوال . وبالجملة فنظرية التعسف تقوم على مبدأ سد الذرائع الذي يقوم بدوره على اصل النظر في المآلات .

ر ـ المعيار الجامع لاحكام نظرية التعسف يؤكد استقلالها :

الضابط العام الذي ينتظم جميع حالات التعسف قد استخلصته على ضوء من

النصوص والادلة، والقواعد العامة المثبتة لنظرية التعسف، ومما استقر في علم الاصول من مبادىء، وتوجيه آراء ائمة الفقه في المذاهب المختلفة، وهو لا يعدو ان يكون: « **مناقضة** قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعاً بحسب الاصل » .

ش – معايير النظرية التفصيلية تجمع بين الذاتية والموضوعية :

اما **معايير** النظرية، او بتعبير اصولي « اصول التعسف » او « العلل » التي يتحقق بها التعسف ، فقد جمعت بين المعايير الذاتية والموضوعيـة او المادية، وما تفرع عنها ، وكانت من السعة والمرونة بحيث تستجيب لمقتضيات كل تطور اقتصادي، أو اجتماعي، أو حضاري ، ولم نر فيما أجرينا من مقارنة في هذا الصدد بين الشريعة والقانون نظيراً لهذه المعايير تعدداً ودقة وانضباطاً في أهم تشريعات العالم في **الشرق والغرب** ، لسبب بسيط هو أن هذه النظرية بمـا تمثل من نزعة خلقية في التشريـع ، وجدت في الشريعة الاسلامية بما هي دينية الصبغة ، تقيم للمبادىء الخلقية والقيم الانسانية والمثل العليا المقام الأول في تشريعها، تربة خصبة فنمت فيها وترعرعت ، بينما لم تعرف القوانين الوضعية هذه النظرية إلا في أواخر القرن التاسع عشر ومطلع القرن العشرين - وإن كان قد اتجـه الفقه والقضاء الغربيين الى تطبيق هذه النظرية في بعض معاييرهما على ضيق وابهام – وذلك بالنظر لمـا كان يسود القوانين من نزعة فردية متطرفة ، تجعل من الفرد محور التشريـع وغايته ، فلما آل العمل بهذا النظر الى نتائج ظالمة من جراء التحكم والاستغلال تحت ستار استعمال الحق ، وظهر **التناقض** بين المصلحة الفردية والمصلحة العـامة ، الأمر الذي عجزت المذاهب الفردية عن التغلب على هذه المشكلة الخطيرة ذات الأثر البالغ في الاقتصاد والاجتماع والسياسة على سواء ، وظهر يأس الفرديين من ايجاد حل لهذه المشاكل على أساس من منطق مذهبهم ، بتقييد الحق الفردي ، أو ايجاد تفسير لتدخل الدولة رعاية للمصلحة العامة ، أو تلمس قاعدة تحدد مدى هذا التدخل ، ولا سيما بعد هذا التطور الشامل بفعل

الثورة الصناعية والاختراعات الحديثة،ثار الفكر القانوني على الأصول التقليدية، وما تمنحه للفرد من سلطات مطلقة ، واتجه وجهة عكسية على تفاوت ، أو جعل مصلحة الجماعة هي محور التشريع وغايته ، ولا يخفى ما في كلا النظرين من تطرف .

ولكن النظر الفقهي المعتدل اتجه الى التوفيق بين المصلحتين ، وإقامة التوازن بينها على وجه يسبغ على الحق صفة اجتماعية ، ويلقي رقابة على استعماله؛ فكانت نظرية التعسف التي تعتبر دستوراً لمباشرة الحقوق ، استجابة لمقتضيات العدالة ، وتمكيناً للنزعة الاخلاقية في التشريع،ونزولاً على مقتضيات الواقع من الاعتراف بالمصلحة الفردية ومصلحة الجماعة ، فكانت الشريعة الاسلامية – وهي المنبت الاول لهذه النظرية المتكاملة – تعد بحق أحفل الشرائع بعناصر المرونة والحياة والقيم الانسانية الخالدة بعامة .

ت – معايير النظرية في الفقه والتشريع المعاصرين :

لم تستقر نظرية التعسف على معاييرها كاملة في الفقه أو التشريع المعاصرين لأنها لا تزال فيها حديثة العهد وليدة النشأة .

فالفقيه جوسران : حامل لواء هذه النظرية في العصر الحديث يقصرها على معيار مبهم فضفاض ، وهو « التحايل على الغرض الاجتماعي والاقتصادي للحق»، مما يعسر تطبيقه في القضاء ، فضلاً عن أنه يفتح باب التحكم للقضاة،لأن كل قاض ينظر الى الغرض الاجتماعي والاقتصادي بمنظاره الشخصي ، أو من خلال ميوله السياسية أو الحزبية ، وتبعه في هذا سالي – Saleill .

وبعضهم قصره على انعدام المصلحة المشروعة ، أخذاً من تعريف« اهرنج » للحق بأنه « مصلحة يحميها القانون » وبعضهم يقصر المعيار على « نية الاضرار » وهو معيار ذاتي يمثل الصورة البدائية الضيقة لنظرية التعسف ، وأخذ بهذا المعيار التشريع الالماني .

كما أخذ القانون السوفيتي بمعيار الغرض الاجتماعي والاقتصادي للحق ، ويرد عليه ما أوردناه على تعريف جوسران .

وأما الجمهورية العربية المتحدة وسورية وليبيا والعراق ، فقد أخذت معايير هذه النظرية مما استقر في الفقه الاسلامي من اصول ومبادىء ، ونحيل القارىء الى بحث النظرية في الفقه والتشريع الوضعيين في هذا الكتاب .

الدافع الى اختيار نظرية التعسف موضوعاً للرسالة :

والذي حفزني على اختيار هذه النظرية موضوعاً للرسالة ما رأيت من ضرورة اظهار ما تنطوي عليه الشريعة الاسلامية من نظريات لم يصل اليها بعد أي تشريع في العالم ، كنظرية « التعسف » ، حيث وجدت فيها كاملة ، مدعمة الأصول ، بينة المقاييس ، وارفة الظل ، تسود تطبيقاتها مقتضيات العدالة ، كما تمثل بحق الاتجاه الاجتماعي المعتدل ، والنزعة الخلقية المثالية .

بيان وجه اتفاق المنهج العلمي الذي اصطنعته وطبيعة المادة المدروسة :

واتخذت في بحثي هذا منهجاً ما أحسب أن أحداً قد اصطنعه ممن كتب في التعسف ، وهو منهج علمي محرر مشتق من طبيعة المادة المدروسة ، فلم أتناول النظرية تناولاً مبتسراً ، بل تناولاً منهجياً علمياً من الأصول التي انبثقت عنها .

والممعن في نظرية التعسف يرى أنها مرتبطة أساساً بطبيعة الحق نفسه ، يرشدنا الى هذا أن لو كانت طبيعة الحق فردية مطلقة لما كان للنظرية وجود ، هذا وطبيعة الحق وغايته ، انعكاس لطبيعة الفقه نفسه وغايته .

يرشدنا الى هذا أيضاً ، أن الحقوق وسائل يحدد الفقه طبيعتها على وضع بحيث تفضي الى ما رسم من غاية ، وإلا كان التناقض بين الوسيلة والغاية ، وهو لا يتصور في تشريع منطقي سليم ، بل إن من القواعد المقررة في الأصول أن الوسيلة لا تشرع إذا لم تكن سبيلاً الى الغاية أو مظنة اليها . اذا ثبت هذا ،

وأن الفقه هو فلسفة الحقوق ، وأن غايات هذه الحقوق هي في مجموعها غاية الفقه ، . **ثبت ان الحق يتحدد بالفقه طبيعة وهدفاً** ، وهكذا نرى بجلاء أن البحث في نظرية التعسف لارتباطها بطبيعة الحق - يجب - تحريراً للمنهج - أن ينطلق من طبيعة الفقه نفسه .

ثم لما كانت الأصول والقواعد التي يقوم عليها تقييد الحق هي بعينها الأصول التي تقوم عليها نظرية التعسف ، استدعانا ذلك الى البحث فيها ، وتحليلها واستخلاص النتائج من هذا التحليل .

وهكذا نرى أن طبيعة المادة المدروسة هي التي تحدد منهج بحثها .

وإني إذ أخلص من هذه المقدمة التي أرجو أن تيسر تفهُّم البحث وتمثله طبيعة ومنهجاً بما عسى أن تعطي من صورة موجزة واضحة ، أسأله تعالى أن يتقبل مني إخلاصي النقي في هذا العمل العلمي الجاد الذي سكبت فيه ذوب روحي ، وعصارة أعصابي ، ولقد سلخت من عمري سنين في محراب هذا الشرع الاسلامي الحنيف ، دراسة وتدريساً ، في تضحية سخية لا تقيم لغير التفقه في دين الله وزناً ، وتفان فيه لا تشفع عنده الصحة ولا رقة الحال ، فما سعيت - حياتي - الى مادة أو منصب ، أفتن بها ، وبحسبي أن أرى في دنياي هذه من ثمرة جهدي ما يرضي ربي ، وما ابتغيت غير رضاه سبيلًا ، إنه نعم المولى ونعم النصير .

القاهرة { ٢٣ من شوال سنة ١٣٨٤ .
٢٥ من شباط سنة ١٩٦٥ .

فتحي الدريني


رفع
عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com



الباب الأول

بحث مقارن
في
طبيعة الفقه الإسلامي
ونظرية القانون

الفصل الأول

الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده

مقدمة :

شغلت فكرة الحق وطبيعته ومدى تقييده أذهان رجال الفقه الاسلامي والقانوني ورجال الاجتماع والاقتصاد والسياسة المعاصرين على السواء ، وذلك بالنظر لتطور الحياة في شتى نواحيها ، نتيجة لهذا الانقلاب الهائل في الصناعات ووسائل انتاجها ، فكان لذلك صداه في الفكر القانوني بخاصة ، مما جعله يؤمن بأن العكوف على المعنى الفلسفي للحقوق والحريات الذي كان سائداً في القرن الثامن عشر ، غدا لايتفق ومقتضيات الأوضاع الاجتماعية والاقتصادية الحديثة؛ اذ قد أثبتت الوقائع في البلاد التي احتضنت المذهب الفردي كأساس لها في التقنين ، أن النشاط الفردي الحر ـ في ظل الانتاج الكبير ـ قد أدى الى مظالم اجتماعية ، بما كان يمنح الحق الفردي صاحبه من سلطات مطلقة في الاستعمال والاستغلال والتصرف دون أن يحد من مداه إلا بعض القيود التي تتعلق بالنظام العام والآداب ، هذا فضلاً عن أن النشاط الخاص لم يعد كفيلاً بذاته بتحقيق ماتقتضيه اقامة المرافق العامة من المشروعات الضخمة وتسييرها على وجه يكفل الصالح العام ، مما أوجب التفكير في توسيع نطاق وظيفة الدولة لتلتزم بما فشل هذا النظام في تحقيقه ، أو كان مظنة لسوء الاستغلال والتحكم .

ولما كانت مبادىء المذهب الفردي لاتسعف في ايجاد تفسير لسلطان الدولة على الحقوق الفردية ، فضلاً عن استخلاص قواعد عامة لتحديد مدى تدخلها فيها كفالة للمصلحة العامة ، ساد الشعور بوجوب نقض المذهب الفردي من أساسه الفلسفي ، وهو الحق المطلق[1] ؛ فلم تعد المجتمعات تؤمن بأن الحقوق امتيازات طبيعية للفرد ، وان ذاته هي محور القانون وغايته ، وأنه لا يتصور التعارض بين مصلحة الفرد ومصلحة المجموع ، لأن سعادة الفرد هي سعادة المجموع ،ذلك لان كل هذه المعتقدات أفسدها ما آل اليه العمل بها من اتخاذ الحقوق معاقل للأنانية الفردية مما أدى بالتالي الى خلق الطبقية المتنافرة ، والاستغلال الجشع والتسلط القاهر ، فأثر ذلك في الحياة الاجتماعية والاقتصادية والسياسية .

كان لهذه الثورة الصناعية اذن أثر بالغ في تطوير مدلول الحقوق والحريات، وبدأت فكرة الحق تتعرض لألوان من الضغط والتقييد ، وظهرت نظريات اجتماعية تهدف ـ على تفاوت بينها ـ الى جعل مصلحة الجماعة أساساً للقانون وغايته.

هذا ،ولما كانت اصالة البحث العلمي تعتمد ـ أول ماتعتمد ـ على منهج دقيق مشتق من طبيعة المادة المدروسة ، اقتضانا ذلك ادارة البحث ـ باديء ذي بدء ـ على طبيعة الفقه الاسلامي بالذات ، لنشتق منه نظرية عامة (للحق) توضح لنا مصدره وطبيعته ومداه ، وغايته ، ثم الاصول العامة التي تحكم تنسيق الحقوق عند التعارض ،لكي تتبدى لنا من خلالها مكانة كل من الفرد والمجتمع في هذا الفقه ، ومدى سلطان الدولة وتدخلها في حقوق الافراد ، ومقارنة ذلك بطبيعة الفقه القانوني في نظر أهم المذاهب الفردية والاجتماعية ، ونؤثر البدء في تناول بحث فكرة الحق في المذاهب الفردية والاجتماعية .

---

(١) سيأتي شرح هذا المذهب ومبادئه ص ٢ .

المبحث الثاني

١ ــ فكرة الحق في المذهب الفردي

يقيم أنصار الفردية القانون على أساس من نظرية الحقوق الطبيعية ، فيرون أن للفرد حقوقاً طبيعية مستمدة من ذاته هو بإعتباره انسانا ، ولدت معه ، وكان يتمتع بها منذ عهد الفطرة الاولى ، فهي ـ لذلك ـ امتيازات طبيعية مطلقة ، وسابقة في وجودها على القانون بل وعلى الجماعة ، لانها تستند الى الحالة الطبيعية ، **فليس القانون هو أساس الحق بل الحق هو أساس القانون**، وأن ليس للقانون من وظيفة الا حماية هذا الحق ، وتمكين أربابه من التمتع به ، والجماعة كذلك مسخرة لخدمة الفرد، **فالفرد هو محور القانون وغايته**، وفي تمكين الفرد من تنمية مواهبه وملكاته وفق ارادته تقدم المجتمع وازدهاره ، وهذا هو واجب القانون كما هو واجب الدولة على السواء .

هذا ـ ولا ضرر ـ في منطق هذا المذهب ـ من اطلاق الحقوق والحريات ، لان مصلحة الفرد لا تتعارض مع مصلحة المجموع ، ذلك ، لان حرية الفرد ـ حرية الرأي والعمل والتملك والتجارة والتنقل وغيرها من الحريات ـ وسيلة لحرية المجموع ومظهر لها[١] .

٢ ــ أصل الدولة ووظائفها ومدى تدخلها عند الفرديين

ليست الدولة ـ في منطق هؤلاء ـ إلا ثمرة اتفاق ارادات الافراد الحرة ،

---

(١) من سلسلة القانون والاقتصاد « الحريات العامــة » ص ٣٢ للدكتور طعيمة الجرف .

وهم انما اتفقوا على انشائها بغية أن تقوم بتنظيم القانون ، وكفالة الحريات ، والنهوض بمهمة الأمن والدفاع ، فاذا تدخلت في الحقوق والحريات فانها تكون بذلك قد قضت على مبرر وجودها ، وبيان ذلك : ان وظيفة الدولة - بمقتضى القانون والمنطق - هي تمكين الفرد من تنشيط مواهبه وتنمية ملكاته ، وذلك بالسماح له بالتصرف وفق رغبته ومشيئته ، شريطة الا يعتدي على حق الغير[1] المعادل لحقه ، وهي إن احترمت حق الفرد ، وضمنت حريته ،فقدأدتوظيفتها الاساسية ، وهذا ماعناه (سييز)[2] بقوله :« ان الغرض الاساسي مناقامةأية هيئة عامة هو ضمان الحريات الفردية »[3] .

فالدولة لا تتدخل في نشاط الفرد إلا بالقدر اللازم لمنع التعارض بينه وبين غيره من الافراد ، حتى تضمن التوافق اللازم لتحقيق الخير المشترك[4] .

على ان الفرديين لايعدمون سبباً يفسر تدخل الدولة في هذا النطاق الضيق الذي تقتضيه ضرورة الحياة في جماعة؛ غير أنهم عجزوا عن اشتقاق مبادىء تحدد مدىهذا التدخل،فاذا كانت ضرورة اعمالفكرة القانون اللازمةلكفالة الحريات تقتضي التنازل عن قسط من الحرية،فهذا التقييد الجزئي استثناء منالاصلالعام، وهو الاباحة المطلقة حتى يرد قيد صريح ، فالقيود اذن استثناء من الاصل ، ويجب ان تبقى محكومة بالمبدأ الثابت من ان الاستثناء لا يجوز القياس عليه ، ولا التوسع فيه،ويقدر دائماً بقدره[5].

---

(١) اي اعتداء حقيقياً فيه مجاوزة الفرد حقه الى حق الغير ، أما استعمال الحق بقصد الاضرار بغيره وهو ما يسمى (بالتعسف) فلم يكن معروفاً لدى انصار هذه النظرية .

(٢) المشرع الكبير في عهد الثورة الفرنسية .

(٣) نظرية المذهب الفردي للدكتور سيد صبري ، مجلة القانون والاقتصاد ، العددان الثالث والرابع ، السنة العشرون ص ١٦١ وما بعدها .

(٤) سلسلة الاقتصاد والسياسة« الحريات العامة » للدكتور طعيمة الجرف ص ٣١.

(٥) نفس المرجع السابق ص ٣٤ ، اصول النظم الاجتماعية للدكتور الجمال ص ٢٢٢ .

والخلاصة أن المذهب الفردي يقدس الفرد وحقوقه ،ويعتبره غاية في ذاته ، وان كلاً من القانون والجماعة والدولة مسخر لخدمة مصالحه ، وضمان حريته ، وتنشيط مواهبه .

٣ ــ نقد المذهب الفردي

لعل أوضح ما يؤخذ على هذا المذهب **أنه لا يرعى الصالح العام** ، بسبب ماذهب اليه من افتراض خاطىء مؤداه **أن الصالح العام ليس الا حصيلة المصالح الفردية** ، أو بعبارة أخرى ان الصالح العام يتحقق تلقائياً بمجرد رعاية المصالح الفردية المختلفة[١] . والواقع لا يؤيد ذلك،فان كثيراً من المصالح العامة لا يفكر الافراد في رعايتها ، بل يعملون على ما يضر بها بدافع من الاثرة والانانية . هذا فضلاً عن أن المجهودات الفردية تنوء بعبء المرافق العامة : كمرافق التعليم والصحة والتموين ، فلا بد إذن من إشراف الدولة عليها ، والنهوض بها بدلاً من الأفراد .

أضف الى ذلك أن الافراد قد ثبت فشلهم في النهوض بالمشروعات الضخمة كالشركات الصناعية الكبيرة وفي تسييرها على نحو يحقق المصلحة العامة ، ويدرأ الاستغلال ، ومن هنا نشأ التناقض بين المصالح الفردية والمصالح العامة ، ومن ثمرته مشكلة عدم التكافؤ بين أرباب العمل والعمال ... أو مشكلة استغلال المنتج للمستهلك ، فكيف يمكن تسوية مثل هذه المشكلات ، وتنظيم العلاقات الاجتماعية في ضوء هذه الظروف المستحدثة دون تدخل من الدولة ؟

اعتقد أنه لا يثور شك في وجود التعارض بين المصالح الفردية والمصلحة العامة في هذا المضمار، وهو الامر الذي قد نفاه المذهب الفردي، وبالتالي لم يضع له حلا

---

(١) المدخل للعلوم القانونية للدكتور عبد المنعم البدراوى ص ٣٧ ، النظريات والنظم السياسية للدكتور طعيمة الجرف ص ١٤١ و ١٣٢ .

هذا ، والتدخل انما يعني قوة اشراف الدولة ودقة ادارتها ، تحقيقاً للعدالة الاجتماعية ودرءا لاستغلال القوة الضعيفة في المجتمع ، وابعادا للنشاط الخاص عن مظان التعسف والتحكم .

والحكم على اشراف الدولة بالخير والشر ينطوي على خطأ بيّن ؛ للالتباس بين كلمتي (دولة وحكومة) فلا يعني فشل الحكومة في بعض الاعمال الحكم على الدولة بالفشل ؛ لان الحكومة تقوم وتسقط ، ولكن الدولة حقيقة ثابتة لا تتغير ، وان كان من المفروض أن تعمل الحكومة على تحقيق أهداف الدولة[1].

هذا ، والاساس الفلسفي الذي بنى عليه هذا المذهب يحمل في طياته بذور فساده ، فقد غالى في اطلاق الحقوق والحريات بدعوى أنها حقوق طبيعية للانسان ولدت معه منذ النشأة الاولى ، ولكن هذا تصوير للانسان الفطري المنعزل ، وهو لا وجود له في الواقع ، لان الانسان لم يوجد الا في وسط اجتماعي ، بل لاقبل له بالعيش الا في جماعة .

على أنا نتكلم في (الحقوق) وهي لاتوجد الا حيث توجد الروابط الاجتماعية بين الأفراد ، وهذا يستلزم بالضرورة ان يكون صاحب هذه الحقوق كائنا اجتماعيا ، وبذلك انتقض المذهب الفردي من أساسه ، وفسد كل مابنى عليه من نتائج .

على أن المذهب الفردي لا يقيم وزنا لأي اعتبار اخلاقي الا فيما يتعلق «بالذات» أو « الانا »[2] لان الذات هي المحور الذي يدور عليه سلوك الفرد .

والخلاصة : أن تدخل الدولة ظاهرة اقتضتها طبيعة الظروف المستحدثة ، وتعقد الحياة الحاضرة ، وغزارة مطالبها المادية والمعنوية ، وأنه كما تجب مراعاة الشؤون الفردية تجب مراعاة الشئون الاجتماعية ، وهو ماعجزت النظرية الفردية عن تفسيره ، وتحديد مداه .

---

(١) النظريات والمذاهب السياسية للدكتور مصطفى الخشاب ص ١٧ .

(٢) النظريات والمذاهب السياسية للدكتور مصطفى الخشاب ص ٢١٦ وما بعدها ، النظريات والنظم السياسية للدكتور طعيمة الجرف ص ١٣٨ .

المبحث الاول

١ ـ فكرة الحق في مذهب التضامن الاجتماعي

يرى فقه هذا المذهب ـ وهو متأثر عكسيا بفقه المذهب الفردي ان القانون ـ كظاهرة اجتماعية ـ يجب ان يقوم على أساس عملي واقعي مشتق من المشاهدة والتجربة ، لا على أساس من مثل عليا ميتافيزيكية ـ مما وراءالطبيعة ـ او على أساس من التأمل الفلسفي ، لأن هذا محض افتراض وخيال ، فالزعم بأن الفرد وجد في عهد الفطرة الأولى مزوداً بحقوق طبيعية مطلقة مستمدة من ذاته ، وسابقة في وجودها على القانون وعلى الجماعة[١] امر لايؤيده الواقع ، اذ من المسلمات البدهية ان الانسان لم يوجد قط في تلك الحالة الطبيعية الفطرية، لسبب بسيط هو أن الانسان لايملك ان يعيش الا في وسط اجتماعي **متضامنا** مع افراد مجتمعه في قضاء متطلبات حياته التي تزداد ـ بتقدم الحضارة والمدنية ـ وفرة وغزارة ، واذا ثبت ان الانسان **كائن اجتماعي** ، وأنه لايسعه العيش الا في جماعة وان الجماعة لاقبل لها أن تحيا الا بالتضامن الاجتماعي ، وان هذا التضامن لا بد

(١) أصول القوانين للدكتور عبد الرزاق السنهوري والدكتور حشمت ابي ستيت ص ٦١ وما بعدها ، سلسلة الاقتصاد والسياسة« الحريات العامة » للدكتور طعيمة الجرف ص ٧٦ ، أصول القانون للدكتور حسن كيرة ص ١٥٨ و ص ٢ ٥:٤ ، النظريات والمذاهب السياسية للدكتور مصطفى الخشاب ص ٢٢٠ ، المدخل للعلوم القانونية للدكتور عبد المنعم البدراوي ص ٣٦ ، مجلة القانون والاقتصاد « أساس القانون » للدكتور محمد عبد الله العربي عدد سنة ص ٣٦٤ وما بعدها ، مجلة القانون والاقتصاد للدكتور سيد صبري العددان ٢ و ٤ سنة ٢٠ ص ١٨٠ .

لتحقيق من **قواعد** تنظيم سلوك الافراد وفقه ، نتج عن هذه المقدمات **أمران**:

الاول : ان الانسان الفطري المنعزل لاوجود له ، فلا يصلح هو او صفاته المميزة له من الحريات والحقوق المطلقة أساساً للقانون .

الثاني : **ان التضامن الاجتماعي** هو الاساس الوحيد والمعقول للقانون باعتباره القاعدة الضرورية لحياة الجماعة .

ويمكن صياغة قاعدة التضامن الاجتماعي فيما يلي :

« ان الفرد ـ حاكما او محكوما ـ **ملزم بالامتناع** عما يخل بهذا التضامن ، وملزم كذلك **بانجاز** كل فعل يؤدي الى صيانته وتنميته ».

هذه القاعدة الاساسية بناحيتيها : **الايجابية والسلبية** ، يجب أن يصاغ القانون على أساسها بحيث يكون تطبيقاً لها ، لانها خلاصة القانون وملاكه .

واذا كان التضامن الاجتماعي هو أساس حياة الجماعة ، وان القانون انما صبغ بقواعده لتحقيق هذا التضامن ، **كانت مصلحة الجماعة هي أساس القانون ، والفرد مسخر لخدمة مصالحها .**

هذا ، والجماعة هي صاحبة الحق ، وهي التي تمنحه للفرد ، ليؤدي المهمة الاجتماعية الملقاة على عاتقه ، فهو لم يمنح حقا الا ليؤدي واجبا .

وتفسير ذلك : « ان الفرد اذا كان ملزما بالعمل على تحقيق التضامن الاجتماعي وملزما كذلك بالامتناع عما يخل به ، كان له (**الحق**) في القيام بكل عمل يفضي الى هذا التضامن ، وان يصد الغير ـ كائنا من كان ـ عن عرقلة الدور الاجتماعي المفروض عليه انجازه » .

وعلى هذا ، فالحق ليس ميزة طبيعية يتصرف بها الفرد وفق رغبته ومشيئته ، بل (الحق) سلطة او مكنة منحتها الجماعة الفرد الاجتماعي ، ليتمكن بها من القيام بواجبه الذي تقتضيه مستلزمات التضامن الاجتماعي ، اذ من التناقض ان يفرض المشرع على الفرد واجباً معينا يتحتم عليه اداؤه ، ثم لا يمنحه السلطة التي تمكنه من القيام بهذا الواجب ، لأن هذا ضرب من التكليف بالمحال .

فوضح اذن ان (الحق) سببه هذا الالتزام .

وبامعان النظر في طبيعة الحق - في منطق هذا المذهب - يبدو لنا انه مجرد **وظيفة اجتماعية** او مركز قانوني ، يخلقه المشرع متى شاء وكما يشاء ، على ضوء من مصلحة الجماعة دون النظر الى الافراد ومصالحهم الذاتية[1] وتعتبر هذه الوظيفة سبباً في تكليف الشخص بالتزامات ايجابية وسلبية يتحتم عليه اداؤها في سبيل تحقيق التضامن الاجتماعي او الصالح العام .

والخلاصة ان الحقوق من الجماعة وللجماعة ، فهي تدور مع التنظيم الاجتماعي والاقتصادي والسياسي للجماعة ، تتأثر به ويتحكم هو فيها[2] وهي انما تقررت لمصلحة الجماعة لا لمصلحة الفرد ، وانها - لذلك - تعتبر مجرد اختصاصات او وظائف اجتماعية ، واصحابها موظفون عامون موكلون باستعمالها على وجه يحقق الصالح العام[3].

٢ - طبيعة حق الملكية بين المذهبين : الفردي والتضامن الاجتماعي

ذكرنا ان منطق المذهب الفردي يؤدي الى الاعتراف بحق الملكية حقا مطلقا لكل فرد ، اذ هو امتداد شخصيته في الجماعة ، وعامل من عوامل تأكيد ذاته[4] وهو قائم على حريته في ممارسة نشاطه ، ومن ثم في امتلاك نتيجة هذا النشاط ، ولكن هذا الوضع لايفسر لنا **التشريعات التي اصبحت تحد من**

---

(١) نظرية الحق للدكتور شفيق شحاته ص ١٠ وما بعدها .

(٢) سلسلة الاقتصاد والسياسة « الحريات العامة » للدكتور طعيمة الجرف ص ٩٤ ، اصول النظم الاجتماعية للدكتور احمد عبد القادر الجمال ص ٢٢٥ .

(٣) اصول القوانين للدكتور عبد الرزاق السنهوري وحشمت ابي ستيت ص ٢١ وما بعدها .

(٤) سلسلة الاقتصاد والسياسة « الحريات العامة » ص ٩٤ للدكتور طعيمة الجرف .

حق الملكية [1] لتدرأ التعسف في استعمالهوتحول دون اتخاذه وسيلة للاضرار بالغير من الفرد او الجماعة .

أما مذهب التضامن الاجتماعي فانه **يعترف بحق الملكية الفردية** ، ولكنه يراه من طبيعة أخرى تختلف عما يدعيه انصار المذهب الفردي ، وبيان ذلك : ان حق الملكية - في منطق التضامن الاجتماعي لايجب اعتباره سوى تمكين « المالك » من القيام بوظيفته الاجتماعية التي يتحتم عليه اداؤها بحكم كونه مالكا؛ لانها تسهم في تحقيق التضامن الاجتماعي - الصالح العام - ومن ثم كانت **المبرر** الوحيد لوجود حق الملكية ، كما انها القيد الذي يحدد مدى استعمال هذا الحق . ويترتب على هذا النظر أمران :

الأول : **ان حق الملكية قابل للزوال** ، فاذا تغيرت الظروف الاجتماعية والاقتصادية بحيث اصبحت الملكية لاتؤدي وظيفتها الاجتماعية فانها تكون - بذلك قد فقدت مبرر وجودها ، ومن هنا كانت الملكية **حدثا عارضا** اقتضاه التطور الاجتماعي والاقتصادي [2] .

الثاني : انه لايجوز استعمال حق الملكية في غير الوظيفة الاجتماعية التي منح هذا الحق من اجلها . وتترتب مسئولية المالك اذا استعمل حقه للاضرار بالغير،أو لتحقيق مصلحة غير مشروعة؛لان هذا يخل بالتضامن الاجتماعي ، وهو ملزم بالامتناع عن ذلك ، كما لايجوز للمالك ان يمنع الغير من ان يستعمل ملكه فيما لايتعارض مع الوظيفة الاجتماعية ، كأن يمد سلكا فوق ارضه ، او ان يطير في فضائه ، او ان يأخذ ماء من ترعته يفيض عن حاجته بعد أن يأخذ منه العوض

---

(١) نظرية التضامن الاجتماعي للدكتور سيد صبري ، مجلة القانون والاقتصاد العددان الثالث والرابع السنة العشرون ص ١٧٦ وما بعدها .

(٢) مجلة القانون والاقتصاد ، العددان الثالث والرابع السنة العشرون ، نظرية التضامن الاجتماعي للدكتور سيد صبري ص ١٧٥ وما بعدها .

المناسب [1]. على ان مذهب التضامن الاجتماعي فضلا عن اعترافه بالملكية الفردية، فانه يعتبرها ركنا هاما في الانتاج ، ذلك لأن التضامن الاجتماعي يقتضى ان يستولي **كل عامل على ثمرة عمله ، وان يستطيع ادخاره ، وان يورث عنه ،** وبذلك تتوطد دعائم الملكية الفردية لتصبح ركنا اساسيا في الانتاج .

هذا ومن الجدير بالذكر ان هذا المذهب يسوّي بين **الحق والرخصة**[2] من حيث تقييدها بما يحقق الخير المشترك ، فالحرية - وهي رخصة اجتماعية - كحق الملكية ، كلاهما منحته الجماعة لاداء واجب ، فلا يجوز للفرد أن يتمتع من الحرية الا بالقدر الذي يتفق ومصالحها [3] ويترتب على هذا ايضا انه لايجوز للفرد أن ينتحر مثلا ، او ان يعرض حياته للخطر ، لانه مامنح الحرية الا ليقوم بواجب تنمية مواهبه وملكاته لضرورة ذلك للتضامن الاجتماعي [4] ، فهو حر في الحدود المؤدية لتحقيق ذلك .

٣ - مدى سلطان الدولة على الحقوق الفردية في هذا المذهب :

قلنا ان الحقوق - في منطق هذا المذهب - من **الجماعة وللجماعة** وهي مجرد **وسائل واختصاصات** يضعها المجتمع في يد الافراد لتحقيق الخير الجماعي

---

(١) اصول القوانين للدكتور عبد الرزاق السنهوري وحشمت ابي ستيت. ص ٦١ وما بعدها .

(٢) الرخصة هي مكنة واقعية للانتفاع دون استئثار ، اما الحق فهو اختصاص يخول الشارع بمقتضاه شخصاً معيناً سلطة على شيء او اقتضاء اداء من آخر ، راجع اصول القانون للدكتور حسن كيرة ص ٥٦٥ ، ومصادر الحق للدكتور السنهوري ج ١ ص ٥ .

(٣) المدخل للعلوم القانونية للدكتور عبد المنعم البدراوي ص ٣٧ .

(٤) مجلة القانون والاقتصاد العددان الثالث والرابع السنة العشرون ص ١٧٦ ، نظرية التضامن الاجتماعي للدكتور سيد صبري .

او الصالح العام ، ذلك ؛ لان الافراد بحكم انانيتهم واثرتهم من جهة ، وبحكم طاقاتهم المحدودة من جهة أخرى ، قد فشلوا في تحقيق الخير لذواتهم وللناس ، والنهوض بجميع اوجه النشاط ، لاسيما في هذا العصر الذي يتسم بطابع الانتاج الصناعي الكبير نظرا لوسائله الضخمة ، الامر الذي تنوء بحملة طاقات الافراد المحدودة ، فضلا عن تسييره على نحو يحقق الخير المشترك، والعدالة الاجتماعية، والمساواه الفعلية بين رأس المال والعمل،أو التكافؤ بين ارباب العمل والعمال، او المنتج والمستهلك ؛ لذا يرى هذا المذهب انه يتعين على الدوله [1] ـ ازالة لهذا التناقص بين المصلحة الخاصة والمصلحة العامة وتحقيقا للعدالة الاجتماعية ـ ان تتدخل لتنظيم العلاقات والروابط الاجتماعية على الاقل ، والا أدى اطلاق العنان لحرية التعاقد في هذا المضار الى انقسام المجتمع الى طبقة مستغلة رافهة وأخرى كادحة مهضومة الحق ، ومن هنا تظهر ازمة المذهب الفردي في حل هذه المشكلة التي خلقها التطور الاجتماعي والاقتصادي بفضل الثورة الصناعية .

فمذهب التضامن الاجتماعي اذن يوسع من اختصاصات الدولة واشرافها على الشئون الفردية والاجتماعية [2] بالنظر لطبيعة الظروف المستحدثة ، والدولة اذ تشرف على رسم الغايات وتحديد الاهداف وبيان الطريق الذي يجب ان يسلكه الفرد في مباشرة حقوقه على ضوء من مصلحة الجماعة ، انما تتفادى بذلك مظالم الفردية المطلقة ، لتنهض بتسيير النظام الاجتماعي والاقتصادي وتوجيهه من حيث فشل الافراد في تحريك هذا النظام .

---

(١) على الرغم من ان هذا المذهب يعتبر الدولة حدثاً واقعياً لا شخصية اعتبارية قانونية ، فانه يسبغ عليها « كقوة واقعية » صفة الشرعية اذا ما انطلقت تلتزم بقاعدة التضامن الاجتماعي ان في الادارة او القضاء او التشريع ، والا كانت في نظره قوة غاشمة تجب مقاومتها والثورة عليها . المدخل الى العلوم القانونية للدكتور البدراوي ص ٣٧ وما بعدها .

(٢) النظريات والمذاهب السياسية للدكتور مصطفى الخشاب ص ٢٢٢ ، الحريات العامة للدكتور طعيمة الجرف ص ٩٧ و ٩٨ .

هذا ، واذا اقتضت مستلزمات المصلحة العامة اقامة مرافق او مؤسسات عامة، أو شركات صناعية تتطلب مجهودات ضخمة لاقبل للافراد باحتمال اعبائها، فانه بتعين على الدولة ان تقوم هي بدلا عن الافراد بهذه الاعباء .

٤ ـ نقد مذهب التضامن الاجتماعي :

على الرغم مما يقال عن هذا المذهب من أنه مذهب الفردية المعتدلة [١] أو الاشتراكية المعتدلة [٢] فان أهم مايلاحظ عليه أنه اخطأه التوفيق في السبيل التي سلكها الى تقييد الحقوق والحريات ، وذلك ؛ لانه بديل ان يقيد الحق الفردي بما لايجعله وسيلة الى الاضرار بالغير فردا كان ام جماعة ، او الى تحقيق اغراض غير مشروعة ، أو يقيده بما يحفظ التوازن بين المصلحة الخاصة والعامة ـ ألغى **فكرة الحق ،وحولها الى مجرد وظيفة اجتماعية او مركز قانوني**،وجعل من اصحاب **الحقوق موظفين عامين موكلين باستعمالها على وجه يحقق الخير المشترك** دون نظر الى مصلحتهم الذاتية ،فقضى بالتالي على شخصية الفرد ؛لانه اضحى ـ في اعتباره ـ مجرد عنصر تكوين ،[٣] مسخراً لخدمة الجماعة ،لاشخصاً حراً مستقلا مسئولا لهذاتية عاملة ، فاذا كان هذا الموقف من فكرة الحق وشخصية الفرد قد املاه على العميد ـ ديجي ـ حامل لواء هذه النظرية ، عداؤه الشديد للنظرية الفردية ،وتطرفها في تقديس الفرد وحقوقه ، وجب ألا بوقع ذلك التطرف في تطرف مثله ، وقد كان بوسعه ـ حين أخفقت النظرية الفردية في ايجاد معايير لتقييد الحق على ضوء مبادئها ـ أن يعمد الى سبيل أخرى لتقييد الحق هي في نظرنا أحفظ للحق ،

---

(١) النظريات والمذاهب السياسية للدكتور مصطفى الخشاب ص ٢٢٢ .

(٢) المدخل الى العلوم القانونية للدكتور عبد المنعم البدراوي ص ٣٧ .

(٣) نظرية القانون للدكتور عبد الفتاح عبد الباقي ص ٢٥ و ٢٧ .

وأوثق للعـدل ، وأقوم في الاعتدال والتوازن ، تلك هي **الابقاء على فكرة الحق** كدعامة أساسية في التشريـع ، **وتقييد الحق** بما يقيم **التوازن والتوفيق** بين مصلحة الفرد ومصلحة الجماعة دون افتئات على إحداهما ، على **أساس من معايير** دقيقة ومنضبطة وواضحة ، **مشتقة من مقتضيات العدل المثالية** ، **تقيد الفرد كما تقيد الدولة** ، وترسم خطة في التشريـع عن طريق الاجتهـاد تهدف الى حفظ المقاصد الأساسية في التشريـع ، ويضطلع بذلك كله « **نظرية التعسف في استعمال الحق** » التي سنأتي على بحثها في موضعه إن شاء الله .

وفي اعتقادي ، أن صاحب نظرية التضامن لم يلتفت الى هذه النظرية ـ نظرية التعسف ـ كما فعل معاصره الفقيه ـ الفرنسي الكبير « جوسران »[1] **فأقامها على معيار** واضح هو « حسن النية » وآخر مبهم هو « الغاية الاجتماعية للحق » في حين أن الشريعة الاسلامية اقامتها على **أربعة معايير واضحة ومنضبطة** ، وطبقتها على جميع **الحقوق** ، فكانت بذلك أحفل بعناصر المرونة والحياة .

هذا ، ومما يؤخذ على هذه النظرية ـ نظرية التضامن الاجتماعي ـ انها لا تقيم وزناً المثل العليا التي تتفق وأصول التعقل الانساني بل واصول الفطرة ، ذهاباً منها الى أن القانون يجب أن يشتق من أمور واقعية يسجلها ، ووسيلته في ذلك « **المشاهدة والتجربة** ، **قياساً على العلوم الطبيعية التقريرية** » ولكن هذا النظر يعوزه الدقة في المنهج ، لأنا قدمنا أن المنهج الدقيق لدراسة مادة ما يجب أن يكون مشتقاً من طبيعة المادة المدروسة ، وهو قـد جمع في منهج واحد بين أمرين مختلفين **طبيعة وغاية** ، فاذا كانت العلوم الطبيعية تخضع لقانون « السببية » التي لا يتخلف فيها المسبب عن السبب ، ويصطنع لذلك اسلوب المشاهدة والتجربة ، لانها « علوم » بالمعنى الدقيق لهذه الكلمة ، الا ان القانون من طبيعة اخرى ،

---

(١) راجع كتابة نسبية الحقوق .

ذلك لأنه يحكم الظواهر الارادية التي تتجه نحو غاية معينة ، ويمكن ان تتخلف الارادة عن الغاية ، فيظهر دور القانون في تقويم هده الارادة ليتجه نحو الغاية المرسومة ، أي لايكتفي بتقرير ماهو كائن، بل بتقويمه الى مايجب أن يكون، ومن هنا كان القانون محكوماً بقانون الغاية ، فكان علماً تقويمياً لا تقريرياً وينتقل فيه العقل بالضرورة من دائرة الواقع الى دائرة الواجب ،مستوحياً في ذلك مبادىء العدل المثالية [1] .



(١) اصول القانون للدكتور حسن كيرة ص ١٦٢ وما بعدها .

الفصل الثاني

مفهوم الحق
في
الفقه القانوني

مقدمة :

تفرقت بفقهاء القانون وجهات النظر في تعريف الحق ، فلم يصدروا عن مذهب واحد ، كما لم ينتهوا الى مفهوم موحد .

ولئن كان من الصعوبة بمكان تعريف الظواهر القانونية، لما تتصف به عادة من تجريد ، غير أن هذا لم يصد فقهاء القانون عن محاولات جدية لتحليل الحق ، ووضع تعريف له يبين جوهره وعناصره التكوينية ، ويجمع أنواعه ، ويميزه عما يختلط به عادة من الحريات أو الحقوق اللصيقة بالشخصية .

المذاهب المختلفة في تعريف الحق :

وباستقراء هذه التعاريف — على ما وجه اليها من نقد — يتبين لنا انها ترتد الى مذاهب ثلاثة :

١ - المذهب الأول[١] :

يرى أن الحق « قدرة أو سلطة[٢] ارادية يخولها القانون شخصاً معيناً ويرسم حدودها » [٣] .

هذا المذهب ينظر الى الحق من خلال صاحبه ، فيراه صفة تلحق بالشخص فيصبح بها قادراً على الاتيان بأعمال معينة [٤] ولذلك سمي بالمذهب الشخصي .

فجوهر الحق - في هذا المذهب - هو **الارادة**، وانصاره يؤيدون هذا بأن الحق لا يكون حقاً إلا إذا وجد من يتمتع به أو يباشره ، أما اذا لم يوجد من يريد مباشرة الحق فليس ثمة حق ، فالارادة[٥] وسلطانها هو الذي يخلق ويغير وينهي الحقوق .

وواضح أن هذا المذهب وثيق الصلة بالمذهب الفردي وما يتفرع عنه من مبدأ سلطان الارادة .

وأهم ما يتجه الى هذا التعريف ، أنه لا يفرق بين الحق في ذاته **وبين شرط**

---

(١) يتزعمه ساڤيني وفيند شايد الالمانيان ، اصول القانون للدكتور حسن كيره ص ٥٥٣ .

(٢) تأثر بهذا التعريف الدكتور سليمان مرقص في تعريفه للحق ، غير انه قيد هذه الارادة او السلطة المهيمنة بتحقيق مصلحة معينة ، وذلك لينفي عن اعتساف هذه الارادة صفة الحق ، المدخل ص ٤٢٣ .

(٣) محاضرات في المدخل للعلوم القانونية للدكتور احمد سلامة ص ١٨ و ١٩ .

(٤) نظرية الحق ص ٨ للدكتور شفيق شحاته ، المدخل الى العلوم القانونية ص ٤٢٣ للدكتور سليمان مرقس .

(٥) المقصود بالارادة هنا هي التي تكون متفقة مع القانون ،وفي الحدود التي يرسمها لها ، لا الارادة الذاتية التي لاتتفق معه ، نظرية الحق ص ١٨ للدكتور جميل الشرقاوي ، محاضرات في المدخل للعلوم القانونية ص ١٨ - ١٩ للدكتور احمد سلامة .

مباشرته[1] فلئن كانت الارادة شرطاً لمباشرة الحق واستعماله[2] فليست هي معيار الحق، بدليل أن عديم الأهلية أو ناقصها كالمجنون والصغير المميز تثبت له حقوق، ولا إرادة لأي منهما ، وكذلك الشخصيات الاعتبارية ، فارادة ممثليها هي التي تنشط ، مع أن الحقوق راجعه اليها .

وأيضاً ، الحق قد يثبت لصاحبه قسراً عنه ، كثبوت حق الإرث للوارث من مورثه ، وكالسلطة الأبوية .

على أن استعمال الحق استعمالاً مادياً للتمتع بمزاياه قد لا يقتضي الارادة ، ألا ترى أن المجنون قد يستعمل ملكه بسكناه مثلاً ، وهو عديم الأهلية ؟

٢ ـ المذهب الثاني :

يرى هذا المذهب أن الحق **مصلحة** ؛ ولذا يعرفه بأنه « **مصلحة يحميها القانون**[3] » .

والمتأمل في هذا التعريف يلاحظ أن جماع الحق عنصران :

---

(١) اصول القانون ص ٥٥٥ للدكتور حسن كيره .

(٢) اصول القانون ص ٥٣٣ للدكتور حسن كيره ، نظرية الحق ص ١٨ الدكتور شمس الدين الوكيل ، نظرية الحق ص ٩ للدكتور شفيق شحاته ، نظرية الحق ص ٨ للدكتور اسماعيل غانم ، محاضرات في النظرية العامة للحق ص ٢٠ للدكتور احمد سلامة المدخل الى العلوم القانونية ص ٢٣ ، للدكتور سليمان مرقس ، المدخل للعلوم القانونية ص ٤٤١ للدكتور عبد المنعم البدراوي .

(٣) هذا التعريف لاهرنج Ihering أكبر مهاجمي المذهب الشخصي القائل بان الحق ارادة ، وهو صاحب مذهب الغاية الاجتماعية ، الذي يرى ان القانون ليس الا وسيلة لغاية هي حفظ المجموع ، اصول القوانين ص ٨٥ للدكتور عبد الرزاق السنهوري والدكتور حشمت ابي ستيت ، المدخل للعلوم القانونية ص ٥٤٢ للدكتور عبد المنعم البدراوي ، واصول القانون ص ٥٥٥ للدكتور حسن كيره .

أحدهما : جوهري وهو المصلحة[1] **والآخر شكلي** وهو الحماية القانونية التي تتمثل في الدعوى .

ويتجه على هذا التعريف أنه عرف الحق بغايته وهدفه ،فضلاً عن أن المصلحة ، مادية كانت أم معنوية ، ليست المعيار لوجود الحق ،فقد توجد المصلحة ويتخلف الحق ، فلو فرض أن الدولة أوجبت رسوماً جمركية على البضائع الأجنبية حماية للمصنوعات الوطنية ، ففي هذا مصلحة للتجار ،ولم يقل أحد بأن لهم حقاً[2] فكل حق يؤدي الى مصلحة غالباً ، ولكن لا يلزم من وجود المصلحة وجود الحق ، فالفائدة أو المصلحة من حق الملكية مثلاً لا تعود علي إلا إذا قامت ملكيتي فملكيتي – وهي حق – سابقة ، ونتيجتها أو هدفها الفائدة أو المصلحة[3] .

على أن التعريف غير مانع ،لأنه يدخل الحريات والحقوق العامة ، إذ الإباحة مصلحة يحميها القانون ، مع أنهـا ليست حقاً بالمعنى الدقيق الذي يمتاز بخصيصة الاستئثار كما قدمنا [4] .

هذا ، والحمـاية ليست عنصراً تكوينياً يسهم في قيام الحق ، بل هي صفة

---

(١) وممن تأثر بهذا المذهب في تعريف الحق من رجال الفقه القانوني المحدثين : الدكتور السنهوري ، مصادر الحق ج ١ ص ٤ واصول القوانين ص ٢٦٧ والدكتور كامل مرسى ، الحقوق العينية الاصلية نبذة (١٧٥) ص ٢٣٢ الدكتور صبحي المحمصاني الموجبات والعقود في الشريعة الاسلامية ج ١ ص ٣٥ ومن رجال الفقه الاسلامي المحدثين الاستاذ الشيخ علي الخفيف ، الحق والذمة ص ٣٧ والدكتور محمد يوسف موسى الفقه الاسلامي ص ٢١١ والاستاذ الشيخ غيسوي احمد عيسوي ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ص ٨ العدد الاول السنة الخامسة يناير سنة ١٩٦٣

(٢) اصول القانون ص ٥٥٧ للدكتور حسن كيرة .

(٣) المدخل ص ١٢ للدكتور احمد سلامه .

(٤) نظرية الحق ص ١٩ للدكتور جميل الشرقاوي

تلحق الحق بعد قيامه فعلًا ، فهي صفة بعدية ، فحماية القانون تُضفى على قيمة معينة ؛ لأنها حق .

والخلاصة : إن هذا المذهب قد عرف هدف الحق ، وما يترتب على الحق بعد قيامه من الحماية القانونية ، ولم يعرف الحق[1] .

٣ ـ المذهب المختلط :

أقام هذا المذهب تعريفه للحق على أنقاض المذهبين السابقين ، فجمع فيه بين ما هو شرط لمباشرة الحق واستعماله، وهو **الارادة** ، وبين ماهو هدف الحق من المصلحة ، واختلف أنصاره في تغليب أحد هذين العنصرين على الآخر ، فبعضهم رجح عنصر الارادة فقال : الحق « قدرة إرادية اعطيت لشخص في سبيل تحقيق مصلحة[2] » وبعضهم رجح اعتبار المصلحة فقال : « **الحق مصلحة** محمية تسهر على تحقيقها والذود عنها قدرة إرادية » .

ويتجه على هذا التعريف ما اتجه على المذهبين السابقين من نقد .

٤ ـ المذهب الحديث :

حمل لواء هذا المذهب الفقيه البلجيكي « جان دابان » فقد حاول ان يتجنب تعريف الحق **بالارادة** او المصلحة ، او ان يجمع بينهما ، ولذا أتى بتعريف مستحدث يقول فيه : الحق استئثار بقيمة معينة يمنحه القانون لشخص ويحميه[3] .

---

(١) المدخل ص ٢٣ للدكتور احمد سلامه ، المدخل ص ٤٤٣ للبدراوي ، اصول القانون ص ٥٥٨ للدكتور كيرة .

(٢) المدخل ص ٢٤ للدكتور سلامه ، المرجع السابق .

(٣) المدخل ص ٢٥ للدكتور سلامة .

وهذا التعريف يميل فريق من فقهاء القانون في الجمهورية العربية المتحدة الى الأخذ به[1] .

تحليل هذا التعريف :

ظاهر ان العنصر الجوهري في الحق هو الاستئثار اي الاختصاص والانفراد بموضوع الحق دون الكافة .

ويراد بالاختصاص **التملك** بالمعنى الواسع[2] لهذه الكلمة لا مجرد الاستفادة او التمتع او الانتفاع ، وعلى هذا **فالتملك** هو المعنى لكل حق في فقه هذا المذهب[3] .

على ان الاختصاص لا بد ان يقره القانون ليكون حالة قانونية ، وإلا فان **الغاصب والحائز** قد يستأثران بالشيء وينتفعان به ومع ذلك فليس استئثارهما حقاً ، لان القانون لا يقره ، اذ هو حالة واقعية لا قانونية[4] .

واذا كان الاختصاص بالمعنى الواسع للتملك جوهر الحق ، فثمة عنصر آخر

---

(١) الدكتور اسماعيل غانم ، نظرية الحق ص ١٧ حيث يقول « الحق عبارة عن استئثار شخص بقيمة معينة استئثارا يحميه القانون عن طريق التسلط والاقتضاء بغية تحقيق مصلحة لهذا الشخص يراها المجتمع جديرة بالرعاية » والدكتور شمس الدين الوكيل : محاضرات في النظرية العامة للحق ص ١٧ حيث يقول : الحق استئثار شخص بقيم او اشياء معينة استئثارا يخول التسلط والاقتضاء » والدكتور حسن كيرة : اصول القانون ص ٦٥٠ وما بعدها ، غير أنه ابرز في تعريفه للحق عنصر الرابطة القانونية . هذا وقد نقل الدكتور سليمان مرقس تعريف دابان كما يلي : استئثار : استئثار شخص بمزية يقررها القانون له ويخوله بموجبها ان يتصرف في قيمة معينة باعتبارها مملوكة او مستحقة له ص ٢٣ ؛ المدخل لمرقس .

(٢) المدخل للعلوم القانونية ص ٤٥ ؛ للدكتور البدراوي .

(٣) محاضرات في النظرية العامة للحق ص ١٢ الدكتور اسماعيل غانم .

(٤) المدخل للعلوم القانونية ص ٤٧ ؛ للدكتور البدراوي .

له هو حماية القانون التي تتمثل في **التسلط والاقتضاء** . اما التسلط فهو نتيجة حتمية لازمة ، وقرين لا ينفك عن الاستئثار القانوني ، اذ ما معنى ان صاحب الحق مستأثر بموضوع الحق ، وهو غير متسلط عليه ، اذن لابد ان يمكن القانون صاحب الحق من **حرية التصرف ، وهذا التمكين** هو التسلط ، غير ان هذا التسلط بالنسبة لعديم الاهلية يكون **تصوريا** لا واقعياً[1] .

فالتعريف يستبعد الارادة، ولا يعنى بالتسلط الارادة بل **حرية التصرف** التي قد تتصور ذهناً لا واقعاً ، هذا ماقصده « دابان » من معنى التسلط، وذلك ليتفادى جعل الارادة عنصراً للحق ، وهي - كما بيّنا - شرط مباشرة الحق واستعماله .

اما الاقتضاء فهو التزام الكافة باحترام الحق[2] ، وقد يكون موضوع الحق **اداء معيناً** ، فالتسلط انما يكون على **هذا الاداء** ، سلبياً كان ام **ايجابياً** ، وهذا يستتبع مكنة الاقتضاء ، اي اجبار المدين على هذا الاداء .

والخلاصة :

ان الحماية القانونية - وهي الوجه الآخر للحق او عنصره الثاني - تتمثل في التسلط والاقتضاء بالمعنى الذي بينا .

واما **الدعوى** فهي مجرد وسيلة تحقيق هذه الحماية ، وهي امر لاحق على وجود الحق .

تقدير هذا التعريف :

يلاحظ على هذا التعريف ما يلي :

---

(١) المدخل للعلوم القانونية ص ٤٤٨ للدكتور البدراوي .

(٢) ص ٢٨ الدكتور احمد سلامة - ومحاضرات في النظرية العامة للحق ص ١٣ للدكتور اسماعيل غانم .

(أولاً) ـ انه استبعد فكرة **الارادة والمصلحة** ، واستبدلها بالاستئثار ، تفاديا لما وجه الى المذاهب التي أخذت بأي منها او جمعت بينهما من نقد .

(ثانياً) ـ اعتبر الاستئثار هو العنصر الاساسي للحق ، وجعله مرادفاً « للتملك » بالمعنى الواسع ،وأخذعليه انه أميل الى ان يكون تعريفاًللحق العيني .

ثالثاً ـ تفسيره للتسلط بالامر التصوري لا الفعلي وذلك امعانا في استبعاد الارادة عن ان تكون عنصراً جوهريا في الحق، حتى ولا شرطاً لمباشرة استعماله او وسيلة لعنصر الاستئثار[١] .

ولا يفوتنا ان نذكر في هذه المناسبة ، ان كشف النظرية الحديثة للعنصر الجوهري في الحق ـ وهو الاستئثار ـ امر قد سبقها اليه الفقه الاسلامي ، فقد عرف الحاوي القدسي حق الملكية بأنه :اختصاص حاجز .وقلنا ان **الاختصاص** جنس في التعريف يشمل كل حق ، وبذلك يكون قد ابرز عنصر الاختصاص في الحق ، وهو الاستئثار بعينه .

ملاحظات عامة على تعريف الحق في مختلف النظريات

أولاً ـ لم توفق المذاهب الثلاثة الاولى : **الشخصي** ، **والموضوعي** ، **والمختلط** الى الكشف عن ذاتية الحق وجوهره فخلط بعضها بين الحق في ذاته وبين شرط مباشرته في معظم الحالات ، وهو **الارادة** ، وبعضها الآخر عرف الحق بغايته وهدفه وهو المصلحة ، وما يترتب على وجود الحق من الدعوى ، ولم يعرف الحق ، وانما فعل ذلك ليستبعد عنصر الارادة .

واما الثالث :

فجمع بين انقاض المذهبين من الارادة والمصلحة مع اختلاف انصاره في

---

(١) المدخل للعلوم القانونية ص ٩٤ وما بعد للدكتور عبد المنعم البدراوي .

تغليب احد العنصرين على الآخر ، ولكن بيان ماهية الحق لاتتعلق بهذا الجمع ، ولم يبرئه مما وجه الى المذهبين السابقين من نقد .

اما النظرية الحديثة : نظرية الاستئثار ـ فقد وفقت ـ فيما أرى ـ الى حد كبير في ابراز هـذا العنصر الاساسي الذي يميز الحق عن غـايته ، وعن شرط مباشرته واستعماله لولا التعسف في تصوير التسلط بالمعنى التصوري ، وتفسير الاستئثار بالتملك بمعناه الواسع ، مما يجعل التعريف ادنى الى بيان الحق العيني او الى الاهتمام به على الأقل .

مدى صلة هذه التعريفات بنظرية التعسف

لعل تعريف الحق **بالارادة** يشعر بان هذا المفهوم منبثق عن تعاليم المذهب الفردي الذي تقوم فلسفته على اطلاق هذه الارادة ، بل تعتبر الحق مظهراً لهذه الارادة الحرة ، ولذا عمد بعض رجال القـــانون المحدثين الى ايراد محترز على التعريف هو « لتحقيق مصلحـة معينة » كي لا يؤدي اطلاق الارادة الى تحقيق ماشاءت من مصالح ذاتية ، ولو أدى ذلك الى الاضرار بغيره من فرد او جماعة .

اما تعريفه « بالمصلحة المحمية » فهو وان عرف الحق بالغاية ، الا انه اشار الى ان استعمال الحق – ليكون له من القانون حماية وحصانة – **يجب الا تنعدم فيه المصلحة المشروعة** ، حتى اذا **انعدمت سقطت الحماية** ، **فصلة هذا التعريف بالتعسف ظاهرة** ، فليست الحقوق الا مصالح معتبرة ، ولذا كانت محميـة ، فتحقيق مصلحة غير مشروعة ، واستعمال الحق دون مصلحة ، اي عبثا ، كل ذلك لايحميه القانون ، او بعبارة اخرى : اذا خرج على الغرض من الحق ، ولم يقصد تحقيق مصلحة له ، بأن كان عابثا ، او قصد مصلحة غير مشروعة ، وجبت مسئوليته [١] .

---

(١) مجلة القانون والاقتصاد عدد ١ سنة ١٧ ص ١٠٥ .

ولا يبعد التعريف الحديث للحق بانه استئثار ... يحميه القانون عن نظرية التعسف ، فهذه الصلة الاختصاصية القائمة بين ذي الحق وما يخوله من مصلحة ، انما يحميها القانون اذا كانت مباشرة الحق متجهة الى تحقيقها ، فلا يحمي القانون صلة قائمة بين الفرد وبين مصلحة غيرمشروعة ، لانها ليست بذات قيمة ، وليست هي المصلحة المعينة التي خولها القانون اياه .

وعلى ذلك فالتقييد ظاهر في حماية الصلة اذا كانت قائمة بين الفرد ــ صاحب الحق ــ والقيمة المعينة التي خوله القانون اياها .

غير ان تعريف الحق « بالمصلحة المحمية » اوثق صلة بنظرية التعسف ، لأنه يبرز في هذا التعريف معيار التعسف ،وهو انعدام المصلحة المشروعة ، اوانعدام المصلحة اطلاقا ، بأن كان الاستعمال عابثا .

* * *

الفصل الثالث

طبيعة الفقه الإسلامي وفكرة الحق فيه

لايعوز الباحث في الفقه الاسلامي الاغراق في تأملات فلسفية لابتداع نظرية يقوم هذا الفقه على أساسها ، كما هو الشأن في المذهب الفردي الذي ابتدع أنصاره فكرة الحق ، بمعناه الفلسفي، كأساس للقانون ، ومحور للتشريع، ثم لما تطورت بالناس الحياة ، وأصبح هذا المفهوم لايتفق ومقتضيات هذا التطور، وجهت الانتقادات المرة الى اساس القانون ، وهو فكرة الحق المطلق ، التي نشأت من تصور خاطيء قوامه أن الفرد وجد منعزلا يتمتع بحقوق مطلقة هي مظهر لارادته الحرة ، فهذا الفرد – في الواقع – لاوجود له الا في مخيلة أولئك الفلاسفة . وقد كان من أثر هذا النقد ان عدل بعض انصار هذا المذهب الى فكرة **القانون الطبيعي** ، وجعلوا « العقل » هو مصدر التشريع ، بما تركز فيه من مبادىء العدل المثالية ، وهؤلاء – ومنهم جرسيوس – يقتربون في نظرتهم الى منشأ الحق وطبيعته من مبدأ المعتزلة القائل بالتحسين والتقبيح العقليين ، فالمعتزلة يقولون بقانون طبيعي مصدره العقل،وجاء الشرع مقررا ومؤيدا له[1]،

---

(١) اصول النظم الاجتماعية والسياسية ، نظرية التطور التاريخي للنظم الاجتماعية ص ١٣٣ للدكتور الجمال .

أقول لا يعوز الباحث في الفقه الاسلامي الاغراق في مثل هذه التأملات الفلسفية، لانه لم يكن وليد الفلسفة التأملية المجردة، كما انه ليس فقها **تقريرياً** حتى يصطنع له أسلوب « **المشاهدة والتجربة** » شأن العلوم الطبيعية التي تعتمد الواقع المحسوس لاتجاوزه الى المثل العليا ، من البر والاحسان والرحمة وغيرها من المفاهيم التي لاتخضع لمقاييس المادة .

على أن فقهاء القانون القائلين باخضاع القانون للاسلوب العلمي الواقعي التقريري اضطرهم هذا النظر الى انكار مفاهيم تجريدية، ونظريات عامة قام عليها الكيان التشريعي منذ القدم ، واستقرت اصولها عليها ، كالشخصيات الاعتبارية - ومنها شخصية الدولة - ونظرية الحق وغيرها من النظريات ، بدعوى أن هذه أمور لاتخضع للاسلوب العلمي الواقعي الذي يعتمد المحسوسات .

وفضلا عن **ذلك فالفقه الاسلامي ليس مظهراً للارادة الانسانية المتغيرة** بما يثيرها من نوازع وأهواء ، أو صدى للعوامل الاقتصادية والاجتماعية تعصف بالقديم من أصوله لتقيمه على أسس جديدة مناقضة لسابقتها ، كتعبير موقوت لتطور تلك العوامل ، بل هو فقه يستند الى أصول تشريعية سماوية مستقرة في كتاب الله وسنة رسوله ، ومن دلائل أخرى تقوم على هذين الاصلين الرئيسين ، نصاً [١] أو معنى وروحاً [٢] .

---

(١) كالاجماع الذي لابد له من مستند يكون نصاً في الغالب ، وان لم يفصح عنه المجمعون ،وقد يكون مصلحة - راجع باب الاجماع في اصول البزدوي - وكالقياس الذي لابد له من اصل معين منصوص على حكمه .

(٢) كمبدأ المصلحة المرسلة الذي توسع فيه المالكية والحنابلة . وكمبدأ الاستحسان الذي سنده الضرورة او المصلحة الذي اخذ به الحنفية،والضرورة هنا تشمل الحاجة. وكمبدأ الذرائع الذي هو نوع من العمل بالمصلحة ، وهذا المبدأ اجمع العلماء على الاخذ باصله وان اختلفوا في مدى تطبيقه ، تبعاً لاختلافهم في المناط الذي يتحقق به التذرع ، الموافقات ج ٤ ص ٢٠٠ و ٢٠١ ، تنقيح الفصول ص ٢٠٠ كتاب مالك للاستاذ الشيخ ابي زهرة ص ٤١٧ .

هذا ، والاستنباط عن طريق الدلائل التي تعتمد روح الكتاب والسنة يسميه بعض الاصوليين بالاستدلال الصحيح ، يقول العز بن عبد السلام: « فان خفى منهاشيء ـ اى من المصالح والمفاسد ـ طلب من أدلة الشرع : وهي الكتاب والسنةوالاجماع والقياس المعتبر والاستدلال الصحيح [٣]» هذا فضلا عما صرحت به النصوص أو أشارت اليه من مبادىء تشريعية [٤] او قواعد فقهية مستنبطة باستقراء الفروع وجزئيات الاحكام ، تلك الاصول والقواعد التي تعتمد النصوص وروحها، ومقاصدها التشريعية، هي التي جعلت الفقه الاسلامي يستجيب لسنة الحياة في التطور ضمن اطار التنظيم التشريعي العام للمجتمع الاسلامي، فهو **فقه ثابت في أصوله العامة متطور في فروعه .**

والسر في ثبات اصوله انه يعصم المجتهد من الوقوع في السرف والظلم والعبث بمقومات الحياة الاساسية ، **ولا يجعل للهوى منزعا في التشريع** ، ففروع هذا الفقه ـ على ضخامتها وتنوعها نتيجة لوفائها بمقتضيات سير الحياة بالناس ـ ينتظمها تيار خفي من المنطق التشريعي السليم في كل باب من أبوابها ، يرتد الى تلك

---

(٣) قواعد الاحكام في مصالح الانام ج ١ ص ٨ للعز بن عبد السلام وهو شافعي المذهب ، ولا شك ان اعتباره الاستدلال الصحيح مصدراً للتشريع دليل على اخذه بمبدأ المصلحة ، وهو مالا يقول به إمامه الشافعي ؛ اذ لا يخرج في الاجتهاد عن دائرة القياس .

(٤) جريت على تسمية القواعد التي تصرح بها النصوص التشريعية من الكتاب والسنة أو تشير اليها بالقواعد التشريعية ، فقاعدة : رفع الحرج يصرح بها قوله تعالى « ما جعل عليكم في الدين من حرج » وكذلك قاعدة نفي الضرر وعدم مشروعيته يصرح بها قولة صلي الله عليه وسلم : « لا ضرر ولا ضرار » وهناك قواعد تشريعية تشير اليها النصوص ، من مثل قاعدة الضرورة التي يشير اليها قوله تعالى « وقد فصل لكم ماحرم عليكم الا ما اضطررتم اليه » . اما القواعد الفقهية : فمن مثل : « يتحمل الضرر الخاص لدفع ضرر عام » ، المجلة مادة ٢٦ ومن مثل : « الضرر يزال » المجلة مادة ٢٠ و « الامور بمقاصدها » المجلة مادة ٢ .

الاصول والمبادىء التي رسمت الاطار العام للتنظيم الاجتماعي الاسلامي ، وهو ذو ملامح خاصة تميزه عن سائر النظم الاجتماعية .

ولما كان هـذا الفقه فروعيا متطوراً يرتد الى أصول ثابتة **تحفظ مقاصد** التشريع ، وتصون القيم الاساسية للحياة الانسانية من حفظ الدين والنفس والعقل والنسل والمال ، فان الباحث يجد فيه مجالاً خصباً لاشادة نظريات فقهية ذات معايير منضبطة « كنظرية العقد » و « نظرية العذر » و « نظرية التعسف في استعمال الحق » وغير ذلك من النظريات العامة التي تتسع لـكل مايطرأ من جزئيات الوقائع المتجددة .

ولنضرب لثبات أصوله مثلا « فكرة الحق » التي نحن بصدد البحث فيها ، وفي بيان الدستور الذي يحكم استعمال الحقوق ، فانك لاتجد الفقه الاسلامي يقر فكرة الحق ويؤيدها كدعامة اساسية في التنظيم التشريعي ، ثم لايلبث - بتأثير ظروف موقوتة مستحدثة - ان يأتي عليها ويلغيها جملة ، الامر الذي يؤدي الى تناقض في أسس التشريع العامة ، وما يستتبع ذلك من قلب لمعالم الحياة في المجتمع ، وتقويض لنظامه جملة ، وفي طفرة واحدة ، وظلم يحيق بحياة الافراد ومقدراتهم ، مما يعسر محوه واعادة العدالة الى نصابها في فترة وجيزة .
فالفقيه انسان ، قد يملي عليه عداؤه الشديد[1] لمذهب معين ، التنكر لاسسه

(١) كما حدث بالنسبة لانصار المذهب الفردي الذي كان فقهه صدى عكسياً عنيفاً لاستبداد الملوك في فرنسا ومظالمهم ، كان مظهره هـذا الاطلاق في الحقوق والحريات ، وتقديس الفرد وتجاهل تام لمصلحة الجماعة . وكما حدث بالنسبة لانصار مذهب التضامن الاجتماعي الذي تنكر لمبادىء الفردية ، فألغى فكرة الحق وحولها بذاتها الى مجرد وظيفة اجتماعية ،وهدم شخصية الفرد؛إذ اعتبره عنصر تكوين،وجعل من مصلحة الجماعة اساساً للقانون وغايـة . راجع اصول القانون للدكتور حسن كيره ص ١٥٨ و ٥٤٢ واصول القوانين للسنهوري ص ٦١ وما بعدها ، ونظرية الحق للدكتور شفيق شحاته ص ٠

العامة ، واقامة فقه مناقض له تماماً ، وما عرفنا كالهوى عابثا في التشريع ! وأصدق دليل على مظهر الهوى والانفعال في الفقه الوضعي هـذا الامعان في التطرف جهة اليمين أو جهة اليسار ، فبينا نرى اطلاق الحقوق في معظم الدول الغربية ذات النزعة الفردية ، على الرغم مما استتبع ذلك من مظالم اجتماعية نتيجة محاباة رأس المال على حساب العمل ، نرى من جهة اخرى تذويب شخصية الفرد في بوتقة الجماعة ، والغاء فكرة الحق ، فضلا عن التنكر للمثل العليا كمصدر يستوحي منه المشرع قواعد تشريعية تقويمية بزعم ان هذه وتلك لا تمت الى **الواقع المحسوس** بصلة، ولا تخضع بالتالي لاسلوب المشاهدة والتجربة، حتى لكأن القواعد القانونية والنظريات العامة معادلات كيماوية ، أو قوانين فيزيائية تخضع للتجارب المخبرية ، يرشدنا الى هذا الخطل في الرأي ، وفساد المنهج ، قياس كل من العلمين[1] على الآخر مع اختلاف كل منهما طبيعة وهدفاً .

معايير الفقه الاسلامي اساسها « المصلحة » التي وضعها الشارع

تفاديا لمثل ذلك الغلو والتطرف في النظر الى الحق وتصوير طبيعته ومداه، وتحريراً للناس من الخضوع لسلطان الهوى والتحكم[2] جاءت الشريعة مبنية على مصالح للعباد هي من **وضع الشارع الحكيم**[3] يقول العز بن عبد السلام : « اما

---

(١) أعني القانون وهو من العلوم الاجتماعية التي يحكمها قانون الغاية . وعلم الكيمياء والفيزياء من العلوم الطبيعية التقريرية الخاضعة لقانون السببية ، راجع اصول القانون لكيره ص ١٦٢ وما بعدها .

(٢) دليل ذلك قوله تعالى « ولو اتبع الحق اهواءهم لفسدت السموات والارض ومن فيهن » سورة المؤمنون (٧١) .

(٣) قواعد الاحكام ج ١ ص ٨ ، اما ان الشريعة مبنية على مصالح العباد ، فلا يخالف في ذلك احد من العلماء فالمعتزلة يقولون بذلك غير أنهم يجعلون « العقل » هو الحاكم بالحسن والقبيح اللذين عليهما يترتب الثواب والعقاب في الآخرة ، والشرع جاء مقرراً =

مصالح الدارين واسبابها ومفاسدها فلا تعرف الا بالشرع ، فان خفي منها شيء طلب من أدلة الشرع وهي : الكتاب والسنة والاجمـــاع والقياس المعتبر والاستدلال الصحيح كما بينا آنفاً .

ويقول الشاطبي : « ان كون المصلحة مصلحة تقصد بالحكم[1] والمفسدة كذلك مما يختص بالشارع لامجال للعقل فيه ، بناء على قاعدة نفي التحسين والتقبيح فاذا كان الشارع قد شرع الحكم لمصلحة فهو الواضع لها مصلحة ، والا فكان يمكن عقلا ألا تكون كذلك »[2] .

فالمصالح اذن من وضع الشارع الحكيم ، ودور المجتهد[3] قاصر على تحري هذه المصالح ـ فيما خلا الاحكام التعبدية ـ وتخريجها بمسالك معروفة ، ثم التحقق من وجودها في محالها الطارئة ، وبناء الاحكام عليهـا أو على جنسها ، حتى اذا

= لذلك ، وأن الاصلح واجب عليه تعالى . اما الظاهرية فهم اذ يقرون هذا الاصل في الجملة وبوجه عام ، غير أنهم لايقولون بتعليل النصوص الجزئية ، ومن ثم لايقولون بالتفريع عن طريق القياس ، ولا يسلمون بحجية مصادر التشريع الاخرى التي لا نص فيهـــا كالاستحسان ، والذرائع ، والمصالح المرسلة . أما جمهور الاصوليين والفقهاء فيرون ان الشريعة جاءت مبنية على مصالح العباد جملة ونفصيلا ، ذهابا منهم الى أن «الاصل في النصوص التعليل» وهذا هو الراجح الذي ايدته الادلة من الكتاب والسنة وسيأتي بيان ذلك في موضعه .

(١) الموافقات ج ٢ ص ٣١٥ .

ـ يلاحظ ان الشاطبي يصرح بأن الحكم ـ وهو منشأ الحق وسيلة غايته المصلحة ، وعلى هذا يمكن ان نؤكد ان الحق ليس غاية في ذاته حتى يكون ملكا لصاحبه يتصرف فيه وفق رغبته ومشيئته دون نظر الى المصلحة التي شرع الحق من اجلها ، فالشارع قصد تحقيق المصلحة عن طريق شرعية الحق ، والمصلحة راجعة الى ذي الحق بالبداهة ، فتعين على صاحبه ان يكون قصده في التصرف بحقه موافقاً لقصد الله في التشريع ، والا كان مناقضاً ومناقضته الشرع باطلة ؛ فكل تصرف يناقض به الشرع باطل ، فنتج ان الحق مقيد بالغاية التي شرع من اجلها .

(٢) فيه اشارة الى خلاف المعتزلة ، راجع ارشاد الفحول للشوكاني ص ٧ .

(٣) هو من توفرت فيه اهلية الاجتهاد واستجمع شروطه المعروفة في اصول الفقه .

أعوز المجتهد نوع المصلحة المعتبرة أو جنسها رتب الحكم على مصلحة لم يشهد الشارع لها بالاعتبار او الالغاء، عملا بما يسمى « المصالح المرسلة »[1] وبشروط معينة، وذلك تفاديا من الوقوع في الخطل في الرأي والحكم بالهوى، وتعميما لحكم الله، وتنفيذاً لارادته تعالى في أوسع مدى، فليس للمجتهد اذن سلطة ابتداع المصالح، والا لزم تأسيس فقه جديد، وهو اعتداء على حق الله في التشريع، وقد صرح الشاطبي بهذا المعنى بقوله : « واما تحريم الحلال وتحليل الحرام وما أشبهه فمن حق الله تعالى، لانه **تشريع مبتدأ**، وانشاء كلية شرعية الزمها العباد ، فليس لهم فيها تحكم ، اذ ليس للعقول تحسين ولا تقبيح تحل به او تحرم ، فهو مجرد تعد فيما ليس لغير الله نصيب ، فلذلك لم يكن لاحد فيه خيرة » .

منشأ الحق في الفقه الاسلامي :

إن الذي يعنينا من بيان منشأ الحق هو أثره في تحديد مدى استعماله ، فقد رأينا أن منشأ الحق في فقه المذهب الفردي هو ذات الانسان ، إذ الحق صفة مميزة لإرادته ؛ بل مظهر لحريته، وقد كان الفرد يتمتع منذ نشأته الاولى بحقوق طبيعيه بحكم جبلته الآدمية، أو طبيعته الانسانية ، والأصل **فيه الاطلاق** ، وهذا الحق سابق في وجوده **على القانون وعلى الجماعة**[2] ولذا بني القانون على أساس من هذا الحق الطبيعي المطلق لحمايته، وتمكين الفرد من التمتع به ، وتقييده استثناء اقتضته الضرورة[3] ولا يختلف القائلون بالقانون الطبيعي في نظرتهم الى الحق ، وتصويرهم لطبيعته عن هؤلاء ؛ لأنهم جميعاً من أنصار الفردية ، غير أن القائلين

---

(١) التي توسع فيها المالكية .

(٢) اصول القوانين للدكتور السنهوري وحشمت ابي ستيت ص ٦١ وما بعدها .

(٣) الحريات العامة للدكتور طعيمة الجرف ص ٧٦ .

بالقانون الطبيعي يذهبون الى أن منشأ الحق هو العقل . ويقتربون في هذا النظر من مذهب المعتزلة كما قدمنا .

أما المذاهب الاجتماعية فترى أن الحق منحة من الجماعة وللجماعة ، وهو وظيفة اجتماعية تنظمها الدولة التي تنوب عن المجتمع على ضوء من مصلحة الجماعة[1] .

أما الفقه الاسلامي ، فينظر الى الحق نظرة دينية ،ويقسمه على هذا الأساس الى قسمين :

الأول - حق الفرد ، ويشمل جميع الحقوق التي تتعلق بها مصالح الأفراد .

الثاني - حق الله ، وهو حق المجتمع مما يتعلق بالصالح العام ، وأضيف اليه تعالى نظراً لخطره وعميم نفعه ، فلا يسقط بالاسقاط ، وليس لأحد فيه خيرة .

هذا وسنعود الى هذا التقسيم من جديد لنرى هل الحقوق الشخصية أو الفردية حقوق محضة خالصة للفرد ، أو يشوبها حق **الجماعة** .

ولكن ما منشأ الحق في الفقه الاسلامي ؟

من المعلوم بداهة أن منشأ الحق « هو الحكم الشرعي » وهو ما يعني في الفقه القانوني « بالقاعدة القانونية » فلا يعتبر الحق حقاً في نظر الشرع الا اذا قرره الشارع ،وتقريره إنما يكون بحكم ،والحكم يستفاد من مصادر الشريعة ، فكانت مصادر الشريعة هي بعينها مصادر الحقوق .

على أن الأسباب التي تستفاد منها الحقوق ليست مثبتة لها بذواتها ، بل بجعل الله لها مثبته ؛ ولذا بات من المقررات الشرعية أن الأسباب جعلية ، أي ليست

---

(١) نظرية الحق للدكتور شفيق شحاته ص ١٠ ، اصول القانون للدكتور حسن كيره ص ١٥٨ و ص ٥٤٢ .

مؤثرة بذواتها ، فعقد البيع مثلاً يؤثر في إثبات ملكية المبيع للمشتري ، وملكية الثمن للبائع ، غير أن العقد ليس بذاته مثبتاً لذلك ، بل بجعل الله له مثبتاً ، فثبت أن الحقوق جميعاً مصدرها الشرع ، وليس ذات الانسان ولا العقل البشري ، فالانسان — في نظر الشريعة — لا يستحق الحق بحكم كونه إنساناً ، بل الحق منحة منه تعالى للفرد ، ويقرر الشاطبي هذا المعنى بقوله : « لأن ما هو حق للعبد إنما ثبت كونه حقاً باثبات الشرع ذلك له ، لا بكونه مستحقاً لذلك بحكم الأصل »[1] وبقوله في موضع آخر : « فان ما هو لله — أي من الحقوق — فهو لله ، وما كان للعبد فراجع الى الله **من جهة حق الله فيه**[2] **ومن جهة كون حق العبد من حقوق الله** ؛ إذ كان لله الا يجعل للعبد **حقاً أصلا**[3] .

نخلص من هذا الى **أن الشريعة هي أساس الحق وليس الحق هو أساس الشريعة** ، وهذا الأصل تترتب عليه نتائج منطقية هامة .

النتائج المنطقية التي تترتب على هذا الاصل :

أولاً — أنه تعالى إنما منح الحق لحكمة هي مصلحة قصد الشارع تحقيقها بشرعية الحق ، وإلا كان المنح لغير غاية ، وهو عبث ، والله تعالى منزه عن العبث[4] .

---

(١) الموافقات جـ ٢ ص ٣١٦ .

(٢) يلاحظ ان الشاطبي يرى ان الحق الفردي ليس حقا خالصا لصاحبه بل هو مشرب بحق الله ، فاذا فسرنا « حق الله » بالصالح العام أو حق الجماعة ، كان معنى هذا ان الحق الفردي ليس حقا محضا على التحقيق بل هو مشترك وسيأتي فضل بيان في هذا الموضوع ان شاء الله .

(٣) موافقات جـ ٢ ص ٣١٦ .

(٤) وقد جاء الشرع بهذه النتيجة اذ قرر جمهور الاصوليين أن الاحكام معللة بمصالح العباد .

ثانياً – أن الأصل في الحق **التقييد**، لأنه إذا كان منحة من الشارع، فهو مقيد بما يقيده به الشارع ابتداءً.

ثالثاً – ان الحق إذا كان ممنوحاً لمصلحة قد قصد الشارع تحقيقها بشرعية الحق، تعين أن يكون تصرف الفرد بحقه مقيداً بما يحقق تلك المصلحة؛ حتى يكون قصده في استعمال حقه موافقاً لقصد الله في التشريع، وإلا كان مناقضاً للشرع، ومناقضة الشرع باطلة، فالتصرف الذي يتعسف فيه ذو الحق عن غايته ويناقض به الشرع باطل[1].

رابعاً – منح الحق فرع وجوده، ففكرة الحق ثابتة، ودعامة أساسية في الفقه الاسلامي[2]، يرشدك الى هذا إجماع علماء الأصول والفقهاء على هذا، واهتمامهم ببحث تقسيمه وبيان أنواعه، وأفرادهم له موضوعاً برأسه في علم الأصول يسمى «**بالمحكوم فيه**»[3].

خامساً – **ان الحق ليس غاية في ذاته؛ بل وسيلة الى مصلحة شرع الحق من أجلها**. ولو كان غاية في ذاته لكان من حق الفرد أن يتصرف فيه وفق هواه ورغبته، دون أن يقصد الى غاية أخرى يحققها من وراء تصرفه. ولقد أتى على الناس زمن كانت حقوقهم – في ظل تشريعاتهم الوضعية – غايات بذاتها يمارسها

---

(١) اشار الى هذا المعنى الشاطبي في موافقاته جـ ٢ ص ٣٣١.

(٢) سيتضح ذلك في بحث «حق الملكية» باقامة الادلة على انه «حق شخصي» وليس تنظيما اقتصاديا، غير أنه حق مقيد بالتزامات ايجابية وسلبية مفروض على المالك اداؤها.

(٣) لا نتفق مع الدكتور شفيق شحاته فيا ذهب اليه من ان تسمية الاصوليين لاصحاب الحقوق «بالمكلفين» مشعر بان طبيعة الحق في الفقه الاسلامي تقرب من طبيعتة في مذهب التضامن الاجتماعي وسيأتي، تفصيل ذلك في موضعه، نظرية الحق ص ١٠ وما بعدها.

أصحابها بإراداتهم الحرة دون أن يهدفوا من وراء ذلك الى تحقيق مصلحة معينة مرسومة إلا ما توحي لهم به أنانيتهم ومصالحهم الذاتية .

سادساً – إن الفرد كالجماعة كلاهما يختص بحقه . ويرشدنا الى هذا تقسيم الاصوليين الحق الى قسمين أساسيين : حق الفرد، وحق الله، وتفسير هذا الأخير بأنه هو حق الجماعة مما يتعلق به مصلحة عامة .

سابعاً – إن الفرد ذو كيان مستقل، وشخصية ذاتية في الجماعة [1] ، لا مجرد عنصر تكويني أو آلة اجتماعية .

ثامناً – الدولة كالفرد ، كلاهما يتلقى الحق منه تعالى ، فالفرد عبد الله ، لا للدولة ، فالله سبحانه وتعالى الذي منح الفرد حقه هو الذي منح الدولة حق الطاعة على الرعية في حدود رعايتها هي لاحكام الله « وأطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولي الامر منكم » « ولا تركنوا الى الذين ظلموا فتمسكم النار » ويقول اول الخلفاء الراشدين :

«أطيعوني ما أطعت الله فيكم فاذا عصيت فلا طاعة لي عليكم » .

وعلى هذا فلا تملك الدولة ان تمنح للفرد حقاً ، اذ ليس حقها بأقوى من حق الفرد الا في حالة الاعتداء على حق الغير، او حالة التعسف فيه، واذا لم تكن مانحة للحق ، فليس لها ان تسلب الفرد حقه تحكما وتعسفاً ، ووظيفتها رعاية حق الفرد في حدود المصلحة العامة، وتمكينه من التمتع به على وجه لا يضر غيره من الفرد والمجتمع .

هذا واذا تدخلت الدولة في شئون الافراد فانما تتدخل في حق ثابت مقرر من قبل الله تعالى ، ولا يجوز الا في حدود رسمها الشارع الحكيم ترجع كلها الى مقتضيات الضرورة، وكفالة الصالح العام، وتطهيراً لمجتمع من الاستغلال والفساد.

---

(١) سيأتي ان « المسئولية الفردية » تستتبع الحرية ، والا فلا مسئولية حيث لا حرية والحرية هي مظهر للارادة الواعية المستقلة ولكنها حرية مقيدة مسئولة .

على أن الفرد - في نظر الشريعة - ليس هو ذلك الذي يدور في فلك الحرية المطلقة، فالشريعة اذ منحت الفرد حقوقه الشخصية - من الحرية والعصمة والمالكية[1] باعتباره انسانا، قيدت ذلك كله بما القت عليه من مسئولية - دينية ودنيوية - لتحد من حريته بما يمنع الاضرار عن غيره، ولا ريب ان المسئولية الفردية اذ تستتبع الحرية تبررها - اذ لا مسئولية حيث لا سلطة - فهي من جهة اخرى تقيدها بدائرة البر والصالح العام.

هذه المسئولية تجدها واضحة في قوله تعالى: وكل انسان الزمناه طائره في عنقه» وقوله تعالى: «من عمل صالحاً فلنفسه ومن أساء فعليها» وقوله: فمن يعمل مثقال ذرة خيراً يره ومن يعمل مثقال ذرة شراً يره» وجلاّها الرسول الكريم بقوله «كلكم راع وكلكم مسئول عن رعيته .. الحديث».

فالفرد اذن - في نظر الشريعة - **كائن حي حر مستقل مسئول**، ولكن هذا الاستقلال ليس تاماً؛ بل هو مرتبط بالجماعة ارتباط تعاون على البر والصالح العام «وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الاثم والعدوان» وبذلك يكون ملزماً ايجابياً بالتعاون على الخير المشترك، وملزماً سلبياً بتجنب الاثم والفساد والاضرار، وهذه القاعدة - بوجهيها الايجابي والسلبي - تعتبر قاعدة عامة يقوم عليها التشريع الاسلامي كله فيما يتعلق بالاحكام الدنيوية والمعاملات، ولقد حكمها الأئمة المجتهدون في سائر التصرفات - المعاوضات والتبرعات - في الاحكام المتعلقة بالباعث غير المشروع الذي يحرك ارادة الفرد الى انشاء التصرف - فالفقهاء لا يجيزون التعاون على الاثم والعدوان باطلاق بشتى صوره بالاتفاق،[2] ومن ثم يبطلون كل تصرف انحرف به صاحبه وتحت ستار من مشروعيته ظاهراً عن المقصد الشرعي الذي من اجله شرع؛ لأن في تنفيذه تعاونا على الاثم

---

(١) التوضيح لصدر الشريعة جـ ٢ ص ١٦٢.

(٢) الموافقات جـ ٤ ص ٢٠٠

والعدوان ، وهذا قيد عام يرد على كافة صور استعمال الحقوق .
وليس الخلاف بينهم في هذا **الاصل** ؛بل في المناط الذي يتحقق به التعاون او التذرع او التحايل على قواعد الشرع،أومناقضة مقصد الشارع،كما سيأتي بيانه في موضعه ان شاء الله .

وبما يؤكد هذه القاعدة بوجهها السلبي،وهو وجوب الامتناع عن كل مايضر بالغير،قوله عليه الصلاة والسلام « لا ضرر ولا ضرار » .

هذه ثمرة المسئولية الفردية من الناحية **النظرية** : لا تجعل من الفرد آلة اجتماعية تعمل لصالح المجتمع دون مصلحته الشخصية .

أما ثمرتها من الناحية **العملية** ؛ فانها تجعله أهلاً للتملك والتعاقد ، ومن هنا كان اقرار الشريعة **للملكية الفردية**، كحقيقة ثابتة معلومة من الدين بالضرورة، وكقاعدة اساسية في النظام الاقتصادي الاسلامي ، وذلك بما يساير الفطرة الانسانية ، وتقتضيه كرامة الانسان ، فضلاً عن كونها وسيلة مثمرة لاذكاء الحافز الذاتي للفرد ، وتنشيط مواهبه وملكاته ، للعمل لصالحه وصالح المجتمع ، وبدهي ان هذا عامل اساسي في تقدم المجتمع وازدهاره[1] .

هذا ، ومسئولية الفرد قبل الجماعة مرجعها انه مكلف برعاية مصالحها كما هو مسئول عن تحصيل مصلحة نفسه ، فمن حق الجماعة على الفرد الا يعبث بمصالحها تحت ستار مامنح من حقوق ، وأيدت الشريعة هذا الحق،بأن اقامت من الجماعة نفسها رقيباً على تصرفات الفرد حتى في خالص حقه ، وقوة **مانعة له** من احداثه الاضرار بها قبل ان يقع ويستشري فساده ،بل فرضت عليها القيام بهذا الواجب رعاية لحقها من عبث الانانية الفردية ، ولعل اوضح ما ورد في هذا الشأن حديث

---

(١) راجع مقال الاستاذ الجليل الشيخ ابي زهرة في رسالة الاسلام عدد ١٠ سنة ١١ ومقال تراثنا الروحي للدكتور البهيّ المرجع السابق .

السفينة[1] . انه ﷺ قال : « مثل القائم في حدود الله والواقع فيها ، كمثل قوم استهموا على سفينة ، فصار بعضهم أعلاها، وبعضهم اسفلها ، وكان الذين في اسفلها اذا استقوا من الماء مروا على من فوقهم ، فقالوا : لو أنا خرقنا في نصيبنا خرقاً ولم نؤذ من فوقنا ، فان تركوا وما أرادوا هلكوا جميعاً ، وان أخذوا على أيديهم نجوا جميعاً » .

ووجه الدلالة من الحديث أن الفريق الذي أراد ان يخرق السفينة انما يتصرف في حقه ونصيبه ، وظاهر الحديث انهم لم يقصدوا الاضرار ، بدليل قولهم « ولم نؤذ من فوقنا ، ولكن لما كان مآل تصرفهم في نصيبهم مفضياً لامحالة الى الاضرار بمن في السفينة جميعاً ، أوجب على بقيتهم ان يأخذوا على أيديهم ، وقاية للجماعة من مآل هذا التصرف ، ولو لم يفعلوا ذلك بدافع غير مشروع .

على ان « المصلحة العامة » مقدمة[2] على المصلحة الفردية عند التعارض ، كما هو المقرر في الشريعة ، ولو لحق الفرد من جراء ذلك ضرر ؛ لانه ينجبر بالتعويض ؛ ولأن في رعاية المصلحة العامة وتقديمها رعاية للمصلحة الخاصة ضمناً ، كما أشار الى ذلك الحديث . « نجوا جميعاً » .

ومما يؤكد ذلك ، ان الشارع حرم الاحتكار وكل ما يؤدي اليه تأكيداً لنفي الاضرار عن الناس ، ومن ذلك **تلقي السلع** ، وبيع الحاصر **للبادي**، كما **اوجب التسعير الجبري** اذا تعدى التجار في اسعار ما يحتاج اليه الناس تعدياً فاحشاً ، وهذا ـ لا شك ـ تدخل في اصل حق الملكية للمصلحة العامة .

كذلك أجاز الشارع نزع الملكية الخاصة ـ في ظروف معينة ـ للمصلحة العامة[3] ، وقد بين المحققون من الاصوليين « **طبيعة الحق** » الفردي في الفقه

---

(١) اخرجه البخاري عن النعمان بن بشير .

(٢) الموافقات جـ ٢ ص ٣٥٠ .

(٣) المرجع السابق .

الاسلامي ، بأنه **حق مشترك** وليس فرديا خالصاً ، ذلك لان الصالح العام مراعى في كل حق فردي، وهذا ماعبر عنه الشاطبي « بحق الله » اذ يقول : وايضاً ففي العادات ـ وهي الحقوق والمعاملات ـ حق لله تعالى من جهة وجه الكسب ووجه الانتفاع ، **لان حق الغير محافظ عليه شرعاً ايضاً** ، ولا خيرة فيه للعبد ، **فهو حق لله تعالى صرفاً في حق الغير** » [1] .

وهذا الاصل يعتبر قوام الحقوق الفردية ، بما يلقى عليها جميعاً من قيد المحافظة على حق الغير، والامتناع عن الاضرار به .

كما أكد هذا المعنى الفقهاء في صدد بحثهم في « فكرة الباعث » وأثره في التصرفات كما قدمنا آنفاً .

وسنفرد بحث « **الحق** » في الشريعة الاسلامية ، لبيان طبيعته ومداه ، ولا سيما حق الملكية ، وما القى من قيود على استعماله . ثم نبين ما اذا كان الحق الفردي بجرد وظيفة اجتماعية تتمحّضُ فيه المصلحة للجماعة، او ان الصالح الفردي فيه مراعى اولاً، وان له الى جانب ذلك ـ وظيفة اجتماعية تراعى فيها المصلحة العامة .

★ ★ ★

---

(١) الموافقات جـ ٢ ص ٣٢٢ .

الفصل الرابع

الفقه الإسلامي تقويمي لا تقريري

أولاً ليس الفقه الاسلامي مجرد قواعد تنظيمية تعني بتنسيق العلاقات بين الأفراد في المجتمع، أو بين الحاكم والمحكوم، يوازن بين المصالح المتعارضة، فيغلب بعضها على بعض، لاعتبارات اجتماعية او اقتصادية او سياسية كما هو الشأن في القانون، بل هو ـ الى ذلك أو قبل ذلك ـ **فقه تقويمي يعتمد في** قواعده على مصادر سماوية، تجعل للمثل العليا والكمالات الخلقية المقام الاول في تشريعها، وانا لنرى هذا **المزج** بين قواعد الخلق والتشريع واضحاً في احكامه؛ اذ تراه يجمع فيها بين العدل والاحسان، والاقتضاء والتسامح، والمقاصة والعفو، ويدعو الى التعاون على البر ومجانبة الاثم والعدوان.

على أن الشريعة الاسلامية ـ بما هي دين وخلق وتشريع ـ قد انتظمت حقوقاً لا وجود لها في القانون، هي أمس بالخلق والصق بالمروءة وأدعى الى تمتين روابط الاخوة والتضامن بين الافراد من ذلك:

١ - النهي عن خطبة الرجل على خطبة أخيه:

عن عقبة بن عامر أن رسول الله ﷺ قال: «المؤمن اخو المؤمن، **فلا يحل** للمؤمن أن يبتاع على **بيع أخيه**، **ولا يخطب** على خطبته حتى يذر»[1]

---

(١) روي هذا الحديث عن النبي بالفاظ مختلفة ولكنها متقاربة، بعضها رواها البخاري والنسائي والآخر رواه البخاري والنسائي وأحمد. نيل الاوطار ج ٦ ص ١١٤ ط ثانية.

وقد جزم الجمهور بأن النهي للتحريم، لقوله ﷺ[1] «لايحل»، والعلة التي استلزمت هذا الحكم موجودة في تصرفات أخرى يقضي عمومها بانسحاب حكمها عليها، كالايجار على الايجار مثلا، مثل هذا الحق لايوجد له نظير في القانون، وبامعان النظر في العلة يتبين أن التحريم لمنع الايذاء، والتعبير «بالاخوة» .. «المؤمن أخو المؤمن» يشير الى هذا، أي أن من مقتضى الاخوة ذلك.

وهذا الاصل الخلقي الذي نوه بشأنه الكتاب الكريم «انما المؤمنون اخوة» والسنة المطهرة «المسلم اخو المسلم لايظلمه ولا يسلمه» (الحديث) و «لايؤمن احدكم حتى يحب لاخيه مايحب لنفسه» أقول هذا الاصل الخلقي هو الذي ينبثق عنه القيود التي تحد من استعمال الحق، بل من استعمال المباح، اذ لاريب أن الخطبة من المباحات اي من الامور التي تتعلق بالحريات العامة، كحرية الزواج، ومع ذلك فقد ألقى الشارع الحكم عليها قيداً بان تكون مباشرتها على نحو لايستضر منها الغير، وسنرى أن هذا الحكم الخلقي قد ارتقى الى مستوى التحريم؛ لتعبير الرسول عليه الصلاة والسلام بقوله «لايحل» وهو صريح في الحرمة.

ثانياً – تحريم نكاح التحليل[2]، لما فيه من التراوض المهين[3] الذي يذهب المروءة، ويقضي على نخوة الرجال. «لعن الله المحلل والمحلل له»[4] فضلا عما في هذا التحريم من صيانة للغرض الاجتماعي من النكاح المشروع على سبيل الدوام

---

(١) انظر الخلاف في احكام الخطبة على المحلى لابن حزم ج ١ ص ٣٣ في المسألة ١٨٨٠ وبداية المجتهد لابن رشد ج ٢ ص ٣ و ص ٤٨ والقوانين الفقهية لابن جزىء ص ١٩٠.

(٢) في المذهب الحنبلي والمالكي وسيأتي البحث فيه.

(٣) الموافقات للشاطبي ج ١ هامش ص ٢٤٧ – ٢٤٨ الفتاوى لابن تيمية ج ٣ ص ٨٨ – ٩٠.

(٤) نيل الاوطار ج ٦ ص ١٣٨.

وهو التناسل وبناء الأسرة وما يحيط بها من سياج المودة والالفة والسكن والمكارمة[1] .

ثالثاً – تحريم الربا ، وهو غل للمصلحة الفردية عن ان تستغل جهود العمل دون أن تسهم في هذا الجهد، ولو عن طريق تحمل ما قد ينتاب العمل من خسارة مما أدى الى خلق مجتمع طبقي يعاني افراده العاملون مظالم فادحة .

رابعاً – حسن معاملة النساء والاحسان اليهن ومعاشرتهن بالمعروف « وعاشروهن بالمعروف » «استوصوا بالنساء خيرا»، وتحريم الاضرار بهن لحملهن على التنازل عما أوتوا من صداق بالمخالعة القسرية او مراجعة المطلقات منهن للاضرار بهن لا بقصد الامساك بالمعروف « ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا ومن يفعل ذلك فقد ظلم نفسه » .

خامساً – حقوق الجوار: لا تكتفي الشريعة الاسلامية من المالك – ابان انتفاعه بعقاره – بالموقف السلبي بالنسبة لجاره ، بان يكف عن الاذى اذ ليس في هذا قضاء لحق الجوار كما يقول الامام الغزالي ، بل تتطلب منه اسداء المعونة والخير له ، يقول الغزالي : « اعلم ان الجوار يقتضي حقاً وراء ماتقتضيه اخوة الاسلام ، فيستحق الجار المسلم مايستحقه كل مسلم وزيادة »[3]

---

(١) الفروق للقرافي ج ٣ ص ١١٧ والفتاوى لابن تيمية ج ٣ ص ٨٨ – ٩٠ اقامة الدليل على ابطال التحليل – راجع في احكام نكاح التحليل بداية المجتهد ج ٢ ص ٨ ؛ واعلام الموقعين لابن القيم ج ٣ ص ١٧١ والموافقات للشاطبي ج ١ ص ٢٤٧ وما بعدها و ج ٢ ص ٣٨٨ والجامع لاحكام القرآن ج ٣ ص ١٤٩ – واغاثة اللهفان لابن قيم الجوزيه ص ٢٧٩ ، – الزيلعي ج ٢ ص ٢٥٩ – واصول البزدوي ج ١ ص ٨٨ والمغنى لابن قدامة الحنبلي ج ٦ ص ٦٤٦ – ونيل الاوطار ج ٦ ص ٢٥٤ و ص ١٣٨ – ١٣٩ .

(٢) جامع العلوم والحكم لابن رجب الحنبلي ص ٢٦٨ .

(٣) الاحياء ج ٢ ص ٢١١ .

ويقول في موضع آخر : « واعلم أنه ليس حق الجار كف الأذى فقط بل احتمال الأذى .. ولا يكفي احتمال الاذى بل لابد من الرفق واسداء الخير والمعروف »[1] .

وقد تضافرت على هذا المعنى الآيات والاحاديث[2] النبوية من مثل قوله تعالى : « والجار ذي القربى والجار الجنب والصاحب بالجنب »[3] وقوله ﷺ مازال جبريل يوصيني بالجار حتى ظننت أنه سيورثه » .

والتزامات الجوار لم تقررها القوانين المدنية ـ منعا لتعسف المالك في استعمال حق الملكية ـ الا في أوائل هذا القرن وعلى نطاق ضيق .

غير أن الفقه والقضاء الفرنسيين قد حفلا بآراء وأحكام مؤداها تحديد سلطة المالك في استعماله لحقه اذا ترتب عليه ضرر غير مألوف بجاره ، وذلك استجابة منهما للتطور الاجتماعي الذي أثر بدوره في تغيير مفهوم الحق بوجه عام .

لقد انتقلت الثقافة الفقهية والقضائية الفرنسية الى الفقه والقضاء المصريين ؛ باعتبار أن القانون المصري القديم استقى احكامه من القانون المدني الفرنسي .

على أن القضاء المصري في ظل القانون المدني القديم كان يستقي أحكامه فيما يتعلق بالتزامات الجوار بما استقر في الشريعة الاسلامية من أحكام في هذا الشأن ، ذلك ؛ لأن القانون المدني المصري القديم لم يكن فيه إلا بعض تطبيقات تتعلق بتقييد الحق لما كان يسوده من النزعة الفردية تأثراً بأصله الفرنسي[4] .

---

(١) المرجع السابق ص ٢١٣ .

(٢) انظر في رعاية حقوق الجوار الاحاديث التي أوردها المنذري في كتابه الترغيب والترهيب ج ٣ ص ٣٥٢ - وسنن ابي داود ج ٤ ص ٤٦١ .

(٣) سورة النساء آية ٣٥ .

(٤) الوسيط للدكتور السنهوري ج ١ ص ٨٣٩ - ٨٤٠ ففيما يتعلق بالتزامات الجوار نجد مثلا المادة ٣٨ مدني مصري قديم تنص على أنه « ليس لمالك الحائط أن يهدمه لمجرد ارادته ان كان ذلك يترتب عليه حصول ضرر للجار المستتر ملكه بحائطه مالم يكن=

أما الشريعة الاسلامية ـ بما تتضمن من أصول التكافل الاجتماعي وما ترتكز عليه من قيم أخلاقية وقواعد تشريعية محكمة ـ فقد كانت خصبة بالاحكام التي تقيد حق المالك ، بل والحقوق والإباحات جميعاً ، على نحو لم تألفه التشريعات الوضعية حتى اليوم ، فهي لا تقيد حق المالك حتى لا يتصرف في حقه على وجه غير معتاد ، بل وتقيد تصرفه ـ قضاء ـ إذا استعمله على الوجه المعتاد ولو كان له غرض صحيح اذا تعدى ضرره الى غيره[1] .

وقد كان حق الجوار يراعي ديانة كما رأينا ذلك واضحاً عند الغزالي ، ثم أصبح حقاً قضائياً بفساد الزمان[2] .

وقد رأينا متأخري الحنفية يذهبون الى هذا التقييد استحساناً لأجل المصلحة ـ كما يقول الزيلعي ـ اذا ترتب على استعمال حق الملكية ضرر بيّن يلحق بالجار[3] .

قد رأينا إذن كيف تحول حق الجوار من حق يراعى ديانة ، وتلزم به

=هدمه بناء على باعث قوي » فهذا النص يحد من اطلاق يد المالك في تصرفه بعقاره على وجه يضر بجاره درءا للتعسف الا اذا كان مدفوعا بباعث جدي » ـ الوسيط ج ١ ص ٨٣٩/٨٤٠ .

(١) جامع العلوم والحكم لابن رجب الحنبلي ص ٢٦٩ فقد حكى ابن رجب خلاف الأئمة في استعمال المالك لعقاره على الوجه المعتاد، ولو كان له غرض صحيح، اذا تعدى ضرره الى جاره . فذهب ابي حنيفة والشافعي الى عدم المنع ، وقال بمنعه احمد ووافقه مالك في بعض الصور .

(٢) الملكية ونظرية العقد للاستاذ الشيخ محمد ابي زهرة ص ١٠٦ .

(٣) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي ج ٤ ص ١٩٦ انظر احكام التزامات الجوار ؛ كشاف القناع ج ٣ ص ٣٤١ و ص ٣٤٢ ، المغنى لابن قدامة ج ٤ ص ٢١٨ المنتقى شرح موطأ الامام مالك ج ٦ ص ٤١ المدونة الكبرى ج ١٤ ص ٢١٥ ، التبصرة لابن فرحون ج ٢ ص ٢٥٥ ، جامع العلوم والحكم لابن رجب الحنبلي ص ٢٦٩ وما بعدها ، البهجة شرح التحفة للتسولي ج ٢ ص ٣٤٣ و ٣٤٤ ،القوانين الفقهية لابن جزي، مجلة الحكام العدلية من المادة ١١٩٨ ـ ١٢١٢ .

مقتضيات العقيدة ، الى حق قضائي تأكيداً لنفي الضرر عن الناس .

وعلى هذا ، فكثير من الالتزامات الديانية الاخرى يمكن أن يشرع لها ولي الأمر أحكاماً تنفذ بسلطان القضاء ، إذا أهمل الناس رعايتها لضعف وازع الدين ، وترتب على ذلك ضرر يتعدى الى الغير اعتماداً على أصل مقرر في الدين من أنه « لا ضرر ولا ضرار »[1] .

نخلص من هذا الى أن القيم الخلقية تعتبر حجر الزاوية في الفقه الاسلامي ، وأثرها واضح في تقييد الحق كما رأينا في النهي عن الاضرار بالجار ، والخطبة على الخطبة وما في معناها ، ونكاح التحليل ، والربا ، وعلى الجملة أثرها في تقييد كل حق بما يمنع الاضرار بالغير ، ورأينا أن بعض هذه الأحكام الخلقية والديانية قد تحولت الى أحكام تشريعية قضائية تأكيداً لنفي الضرر عن الناس ، مما يكسب الحق معنى اجتماعياً لتدعيم أواصر التضامن والتكافل الاجتماعي .

مدى رعاية القواعد الخلقية في القانون :

صحيح أن القانون يبطل عقوداً اذا كانت منافية للنظام العام والآداب ، وقد يلعب الباعث دوراً في أحكامه ، وذلك – لا ريب – مظهر للنزعة الخلقية في التشريع ، غير أن الفقه الاسلامي بارسائه لفكرة الحلال والحرام ،وتحريه للباعث النفسي في كل تصرف وسلوك حيوي واجتماعي ، واعتباره العمل عبادة لابد فيه من نية امتثال أوامر الله ونواهيه ، وترتيبه حكماً مزدوجاً - دنيوياً وأخروياً – جعل منه نظاماً مدنياً وروحياً معاً[2] .

---

(١) انظر سند هذا الحديث ومما يستنبط منه من احكام الجوار جامع العلوم والحكم ص ٢٦٧ وما بعدها .

(٢) المدخل الفقهي – المجلد الاول - للاستاذ الجليل مصطفى الزرقاء ج ١ ص ١٩٩ والملكية ونظرية العقد للاستاذ الجليل الشيخ ابي زهرة ص ١ – ٢ . =

لم يكن غريباً على فقه تتبع أحكامه من تعاليم دينية أن يعنى بالبواعث النفسية والمبادىء الخلقية والمثل العليا ، ومن هنا كان الفقه الاسلامي تقويمياً يتعلق بالارادة وتوجيهها ، ويطهر الباعث كي لا يحرك الارادة الى تحقيق غايات غير مشروعة تناقض مقاصد الشارع ، وتهدم قواعده تحت ستار الحق .

فالفقه الاسلامي إذن غائي يتجه الى تحقيق مقاصد أساسية ، فأحكامه لم تشرع تحكماً ؛ لمجرد إخضاع المكلفين لسلطان التكليف ، ولا عبثاً ؛ بل شرعت لمعان ومصالح اجتماعية واقتصادية اقتضت تشريعها ، ويتقيد استعمالها بها ظاهراً وباطناً ، وهذا معنى قول الاصوليين : الشريعة مبنية على مصالح العباد أو « الأحكام معللة بمصالح العباد » .

وعلى هذا فأحكام الشريعة – وهي مناشىء الحقوق - مقيدة بمقاصدها التي هي روحها ومعانيها التي من أجلها شرعت ، حتى لا تعتسف الارادة غاية الحق ، ولا يغني في مشروعية استعمال الحق كونه يستند في الظاهر الى الحق دون نظر الى ما يهدف اليه الباعث من غاية قد تتفق مع المصلحة التي من أجلها شرع الحق أو تناقضه ، أو دون نظر الى مآل استعماله من النتيجة المادية الواقعية في حد

= هذا وقد مكن القانون المدني الجديد في الجمهورية العربية المتحدة وتبعه القانون المدني السوري للنزعة الخلقية في احكامه ، والنزعات الاجتماعية الحديثة ، باحلاله « نظرية التعسف في استعمال الحق » مكانا بارزا بين النصوص التمهيدية ، لتكون دستورا عاما يحكم ممارسة الحقوق جميعا ، ويدرأ التعسف في استعمالها ، وقد اشتقت مبادئها مما استقر في الفقه الاسلامي من قواعد بينها ، واحكام ، وقد اتجهت الى هذه النظرية جميع قوانين العالم في القرن الحاضر ، على تفاوت مما ادى الى بعث هذه النظرية وانتعاشها بعد أن طغت عليها النزعة الفردية قرونا ، في حين ان هذه النظرية قد نشأت بنشأة الشريعة وبسطت ظلها على جميع الحقوق فيها .

المذكرة الايضاحية ص ٣١ و ٣٢ و ص ٣٥ .

الوسيط جـ ١ ص ٨٧٦ ،

ذاتها التي قد تتناقض مع الأصل العام الذى قامت عليه الشريعة من جلب المصالح ودرء المفاسد ، ومن هنا جاء تقييد استعمال الحق بوجوب أن يكون قصد المكلف في العمل موافقاً لقصد الله في التشريع[1] .

فالحقوق ـ إذن ـ وسائل منحت للفرد لتحقيق الحكمة الغائية التى من أجلها تقررت ، ويتفرع على هذا أن مناقضة هذه الحكمة ـ قصداً أو مآلاً ـ تبطل التصرف، ولو كان في أصله يستند الى حق أو يستتر به ،فلا بد ـ لصحة التصرف ـ أن يكون مطابقاً للشريعة مبنى ومعنى ، ولا عبرة بظاهر العمل وصورته اذا كان الباعث غير مشروع ، أو كانت النية تتجه الى الاضرار بالغير . وفي هذا المعنى يقول ابن القيم « القصد روح العقد ومصححه ومبطله ، فاعتبار القصود في العقود اولى من اعتبار الألفاظ ... الخ[2] .

وواضح من ذلك ما يتعلق بالارادة ومن ورائها الباعث .

أما تقويم الارادة كيلا تتنكب المقصد الشرعي للحق وتعتسف طريقه فبإلقاء فكرة الباعث قيداً عليها ورقيباً ، كي لا ينثني هذه الارادة عن تحقيق مقاصد الشرع ، والمؤيد لذلك هو إبطال التصرف اذا كان الباعث عليه غير مشروع .

وقد أفاض ابن القيم في إعلامه[3] ومن قبله الامام الشاطبي في موافقاته[4] القول في « الباعث » وإعماله ، وأنه أصل من أصول الدين ، فالقصود معتبرة في العبادات والعادات على سواء « وأن القصد غير الشرعي هادم للقصد الشرعي[5]

---

(١) الموافقات للشاطبي ج ٢ ص ٣٣١ و ص ٣٣٣ .

(٢) اعلام الموقعين ج ٣ ص ٨٢ .

(٣) اعلام الموقعين لابن قيم الجوزيه ج ٣ ص ٩٢ .

(٤) الموافقات للشاطبي ج ٢ ص ٣٢٣ .

(٥) المرجع السابق ج ٢ ص ٣٨٦ الفتاوى لابن تيمية ج ٣ ص ٢٢٧ ، راجع رسالة فتحي ص ١٨٣ باللغة الفرنسية في التعسف في استعمال الحق في الشريعة الاسلامية سنة ١٩١٢ .

ومناقض له ، ومناقضة الشرع باطله ، فما يؤدي اليها باطل .

ويقول الشاطبي في هذا المعنى « قصد الشارع من المكلف أن يكون قصده في العمل موافقاً لقصد الله في التشريع »[1] ثم يسوق الأدلة على هذا الأصل .

ويقول في موضع آخر : « كل من ابتغى في تكاليف الشريعة غير ما شرعت له فقد **ناقض الشريعة**، وكل من ناقضها **فعمله في المناقضة باطل ، فمن ابتغى في التكاليف ما لم تشرع له فعمله باطل** »[2] .

فالفقه الاسلامي إذن يحكمه قانون الغاية، والغايات قد تكون مثلاً عليا لترقية الروح ،وتطهير الدوافع ،ولا تتصور غير ذلك في تشريع ذي صبغة دينية، وعلى هذا فليس مما يتفق وتشريع هذه طبيعته أن يخضع للاسلوب التقريري الذي يعتمد المشاهدة والتجربة .

على أن هذه المثل العليا واقعية في الوقت نفسه ، لا تلزم المكلف بما يخرج عن حدود طاقته ،أي لا يطلب من المكلف الوصول الى نهايتها بل اتجاه القصد اليها

---

(١) الموافقات جـ ٢ ص ٣٣١ .

(٢) المرجع السابق ص ٣٣٣ .

رراجع في هذا المعنى فتاوى ابن تيمية جـ ٢ ص ١٤ ، رسالة فتحي ص ٢٢٤ وما بعدها ، هذا واعتبار الباعث في العبادات والعادات امر مجمع عليه ديانة ، غير ان الخلاف بين الشافعية والحنفية من جهة والحنابلة والمالكية من جهة أخرى في الطريقة التي يستدل بها على هذا الباعث، باعتباره امرا نفسيا ذاتيا ، اي فيا يتحق به مناطه، فذهب الاولون الى انه لاعبرة به الا اذا دل دليل مادي ظاهر من العبارة تدرج في صيغة العقد، واضاف الحنفية الى ذلك انه يعتبر ايضا اذا امكن استخلاصه من طبيعة محل العقد وتعينه طريقا الى تحقيق مصلحة غير مشروعة ، وهو مايعبر عنه رجال القانون بالارادة الظاهرة ، اي يشترط لاعمال الباعث – قضاء – أن يكون جزءا من التعبير ، ومنصوصاً عليه في العقد صراحة أو ضمناً . اما الآخرون فيكتفون بكل مايدل عليه من ظروف وقرائن ، راجع الام للشافعي جـ ٦ ص ١٩٨ و جـ ٣ ص ٦٥ اعلام الموقعين جـ ٣ ص ٩٢ ، الزيلعي جـ ٤ ص ١٩٠ – المغنى جـ ٩ ص ٣٣١ – التبصرة جـ ٢ ص ١٤ .

والعمل – بما في الوسع في هذا السبيل ، وذلك بأن ينحو في سلوكه الاجتماعي – ومن ذلك مباشرته لحقوقه – الوجهة التي تقربه من تلك المثل ، ذلك لأن التكليف – كما هو معلوم – منوط بالاستطاعة – يقول العز بن عبد السلام : « مدار الشريعة على قوله تعالى : «فاتقوا الله ما استطعتم» «واتقوا الله حق تقاته» وعلى قول الرسول ﷺ : «إذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم»[1]، ويؤيد ذلك كله ايضاً قوله تعالى : « لايكلف الله نفساً إلا وسعها ».

ولتوضيح هذه **الدعامة الخلقية** التي يقوم عليها التشريع الاسلامي سنفرد لها بحثاً خاصاً ، باعتبار أن « نظرية التعسف في استعمال الحق – تمثل النزعة الخلقية في التشريع ، وبالتالي تعتبر ثمرة لهذه الدعامة .

ومما يرشد الى مدى سيطرة العوامل الخلقية على الفقه الاسلامي – بالاضافة الى أنه ديني الصبغة – أن قواعده التشريعية مبنية على أصول خلقية ، الأمر الذي كان له أبعد الأثر في تقييد الحق ، وتحديد مدى استعماله .

* * *

(١) القواعد لعز الدين بن عبد السلام ج ٢ ص ١٢٨، وراجع البحث القيم للاستاذ الجليل الشيخ محمد محمد المدني في مجلة الازهر عدد رجب سنة ١٣٨٢ ص ٤٣٥ وما بعدها .

الفصل الخامس

المبحث الاول

الدعامة الخلقية في الفقه الإسلامي وأثرها في تقييد الحق

تسهم القيم الخلقية بنصيب وافر في تقييد **الحق وحمايته** اسهامها في **خلق التكافل الاجتماعي** ، فما قيد حق لشخص الا لصيانة حق لغيره ،ذلك ان الشريعة اذ تأمر بالامتناع عن الاضرار وتحرمه مثلاً ـ وهو واجب خلقي اصلاً ـ انما تحرم هذا السلوك تأكيداً لحق الغير في مصونية ماله أو عرضه أو نفسه أو أي عضو من أعضائه ، **وبالجملة** لصيانة المقاصد الاساسية الخمسة[1] في الشرع ومايتبعها؛ فكل أمر أو نهي خلقي يقيد سلوك فرد من الأفراد في ظروف معينة ، لم يشرع ذلك لمجرد الامر او النهي ، بل يقصد بهذا التقييد **حماية حق الغير** ، وقد تناول بعض الاصوليين بالبيان القاعدة الذهبية التي أشرنا اليها آنفاً ، تلك القاعدة التي تعتبر **قوام الحقوق** بما فيها الاباحات والحريات العامة وهي ،

---

(١) وهي الدين والنفس والعرض والعقل والمال .

« **ان حق الغير محافظ عليه شرعاً**[1]» فرداً كان ذلك الغير ام جماعة **ذلك،لأن الاصل عصمة الانسان غيره عن الاضرار به وايلامه**[2] ،لقوله ﷺ « لا ضرر ولا ضرار » **ولو ابان استعمال الانسان لحقه** ، ولعظم خطر هذا الاصل اعتبر في الشرع من **حق الله** ، وعلى هذا اصبح كل حق للفرد يشوبه حق الله ، **وهو المحافظة على حق الغير** ، وهذا ما يقتضيه الصالح العام .

ذلك مثل من قاعدة خلقية في الاصل تحدد سلوك كل فرد بالنظر الى ذاته ونفسه من حيث كمالها والسمو بها ، وفي هذا السبيل تفرض الشريعة واجبات خلقية شتى ، سموا بذات الانسان ، لان ذلك من المهمة الأولى للشريعة،وليس من جزاء على الاخلال بهذا الواجب الا نفور الرأي العام، والادانة الاخروية ، وهي اعظم رهبة وسلطانا من الجزاء الدنيوي .

على أن القاعدة الخلقية قد ترتقي الى قاعدة شرعية فقهية تحدد سلوك الفرد بالنسبة لغيره اذا ترتب على الاخلال بها ضرر بالناس ،وذلك بترتيب جزاء دنيوي، فتواجه أثر الاخلال بالواجب بالنسبة الى الغير ، وتقرر للمضرور حقاً في الضمان أو التعويض عما لحق به من ضرر **قضاء** .

والواقع ان الممعن في القواعد الشرعية من مثل قاعدة « نفي الضرر » وقاعدة « نفي الحرج » وقاعدة « الامور بمقاصدها » يجدها كلها قواعد خلقية في الأصل ، اصبحت قواعد شرعية لحماية قيم انسانية في المجتمع .

والفقه-الاسلامي ـ بما هو ديني الصبغة ـ يتذرع بكل قاعدة ـ خلقية كانت ام فقهية[3] ـ لتأكيد الاصل العام الذي قامت عليه الشريعة،وهو جلب المصالح ودرء المفاسد .

---

(١) الموافقات للشاطبي ج ٢ ص ٣٢٢ .

(٢) المرجع السابق ص ٢٦٢ ، وسيأتي تحليل هذه القاعدة وشرحها بالتفصيل .

(٣) اعني بها ما كانت تطبق قضاء وتقضي بجزاء دنيوي .

ومما لا شك فيه ان في اعمال القواعد الخلقية ، درءاً للمفاسد ، بالترفع ذاتياً عن جميع اسبابها ، وبذلك تمتاز عن القوانين التي لا تولى عنايتها بمخاطبة الفرد ليسمو في نفسه ، ويحقق كماله الذاتي .

مزج القواعد الخلقية بالقواعد التشريعية في هذا الفقه

على ان هذه القيم الانسانية والمثل العليا التي امتزجت في الفقه الاسلامي بقواعد التشريع ، **من البر والاحسان والرحمة والاخوة ، والايثار** ، تستمد معاييرها وتدعيمها من ينبوع واحد هو مبدأ الخير الأسمى وهو « الايمان » بالله تبارك وتعالى ، كما تهدف الى **غاية مشتركة** هي اقامة الدنيا بحيث تكون سبيلاً الى الآخرة ، اي أن تحكم بحكم الدين المسيطر على الضمير والوجدان[1] تحقيقاً لصالح الفرد والجماعة بل والانسانية عامة ، أي بناء مجتمع انساني فاضل على أساس من التعاون على البر ، والتسابق في الخير ، والتواصي بالرحمة ، والتفاضل بالتقوى ، والسعي ـ أفراداً وجماعات ـ لابتغاء مرضاة الله ، وهو الهدف المشترك للفرد والجماعة في الشريعة .

ولا يتبادر الى الذهن ان هذه امور مثالية لا علاقة لها بالتشريع ، بل هي لباب الحكمة التي تدور احكام الشريعة عليها ، وهذا ماوعاه علماء اصول الشريعة ، فالشاطبي يقول في هذا المعنى « **انه الغاية من انزال الشريعة ، لانها ما انزلت الا لبيان وجه شكر النعم ، وبيان وجه الاستمتاع بها**[2] » . ويبين معنى الشكر فيقول : « والشكر هو صرف **ما أنعم عليك في مرضاة المنعم** ، وهو راجع الى الانصراف اليه بالكلية ، ومعنى بالكلية ان يكون جاريا على مقتضى **مرضاته** بحسب الاستطاعة في كل حال[3] » .

---

(١) مالك لأبي زهرة .

(٢) الموافقات للشاطبي ج ٢ ص ٣٢٢ .

(٣) المرجع السابق .

وغني عن البيان أن الأوامر والنواهي ـ وهي مناشىء الحقوق والواجبات ـ شاملة للقواعد الخلقية المبثوثة في الشريعة، واذا كانت الشريعة انما انزلت للامتثال ابتغاء مرضاة الله ، فالقواعد الخلقية والفقهية في نظر الشرع بمرتبة سواء من حيث الامتثال ، ومن هنا تقيد الحق بكليهما في الشريعة ، ولهما نفس الأثر .

ومن القواعد الخلقية[1] التي انعكست آثارهـــا على الحقوق والمعاملات تحديداً وتقييداً ، وجاءت بها النصوص من الكتاب والسنة ، قاعدة وجوب التعاون ، كقوله تعالى «وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الاثم والعدوان» وقاعدة « **نفي الضرر** » في قوله عليه الصلاة والسلام « لا ضرر ولا ضرار » وقاعدة تحريم الغرر والغش والتدليس ، وقاعدة « الايثار » ، و« يؤثرون على انفسهم ولو كان بهم« خصاصة » وقاعدة العفو ، «فمن عفي له من أخيه شيء فاتباع بمعروف واداء اليه باحسان » وقاعدة انظار المعسر ، « وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة» فاسقاط الفرد حقه ـ شريطة الا يؤدي الى اسقاط حق مغلّب لله تعالى ـ او التنازل عن بعضه ، من **قواعد الدين** .

ونضيف الى هذا قاعدة « **الصلح** » بين المتخاصمين ، وقد ندب الشرع اليه ، وفيه **تنازل** عن بعض الحق او كله ، لمصلحة راجحة ، هي احلال الوئام بين الناس ، واتقاء ضرر أشد فيما لو أصر ذو الحق على استيفاء حقه كاملا ، واقله موجدة المقضى عليه على المقضى له ، وقد يتجه الاول الى ايقاع الأذى بالآخر ، لاعتقاده بأنه مظلوم فيما قضى له به ، ولذا كان رجاء الصلح من الأسباب المجيزة لتراخي القضاء « والصلح خير ».

---

(١) ماهو اعم من الحكم الكلي الذي ينطبق على معظم جزئيات موضوعه ، او الحكم الخاص بموضوع معين، كتحريم نكاح التحليل .

أثر هذا المزج في بناء التكافل الاجتماعي

فنحن نرى مدى امتزاج القواعد الخلقية بالقواعد الشرعية ، **وأثر ذلك في بناء التكافل الاجتماعي بين الأفراد** ، مما ينأى بفكرة الحق عن معنى السلطة المطلقة،أو الانانية الفردية،ذلك المعنى التي عانت منه التشريعات الوضعية ردحا من الزمن،وعجزت عن مواجهة ازمة التضارب بين مصلحة الفرد ومصلحة الجماعة في ظل ذلك المعنى الفردي ،وهو ـ كما رأينا ـ لا وجود له في الشريعة الاسلامية.

ومما يؤكد **المعنى الاجتماعي للحق** في الشريعة ـ في ضوء القيم الخلقية المبثوثة فيها ـ انها لا ترغب في نطاق المعاملات والحقوق الفردية بوجه عام ـ في المعاملة بالمثل ، والمعادلة في الاقتضاء ، بل تجعل ذلك أمراً مباحاً لاحرج فيه ولا جناح، وبالتالي لاثواب عليه ولا عقاب ، بل تحث على تجاوز العدل الى الفضل والاحسان والتسامح« ولا تنسوا الفضل بينكم »«ان الله يأمر بالعدل والاحسان».فهي تنهى عن **التزيد في حق النفس**[1] ـ الاقتضاء ـ وتحُضُ على **الزيادة في حق الغير** ـ القضاء ـ كما انها اذ تأمر الدائن بانظار المعسر ، تندبه ـ في الوقت نفسه ـ الى التصدق عليه بالدين ، وابرائه منه .

وفي **الشئون الاجتماعية** تندب الى مقابلة الاساءة بالاحسان ، أو بالتي هي أحسن ،أما مقابلة السيئة بالسيئة فهو **حق سائغ** لمن حرص عليه **غير باغ ولا عاد**.

وفي **الاحداث الجنائية** « فمن عفى له من أخيه شيء فاتباع بمعروف واداء اليه باحسان ».

فالمبدأ الذي يستخلص من تعاليم الشريعة فيما يتعلق **بالمعاملات واقتضاء الحقوق** وقضائها ، ان المعاملة الفاضلة في نظر القرآن انما هي المعاملة التي تقوم على **العفو والايثار والفضل** ، وأن الرذيلة انما هي في الطرف الأقصى التي تقوم

---

(١) نظرات في الاسلام للدكتور محمد عبد الله دراز ص ٦٧ .

على الجور والاستئثار والبخس ، اما الخطة التي بين بين ، وهي المعاملة بالمساواة والمعادلة الدقيقة ، فانها اذا وزنت في معايير الحكمة القرآنية لم تستحق ان تسمى فضيلة ولا رذيلة، وانما هي **رخصة** لايتوجه اليها امر ولا نهي،ولا يناط بهامدح ولا ذم ، ولا يستحق صاحبها ثوابا ولا عقابا[1] .

وحصيلة هذا ، ان الشريعة اذا رغبت في التسامح وحثت على تجاوز **العدل الى الفضل** في المعاملات **والتصدق بالحقوق** ، فلأن تجعل الحق مقيداً بما لايضر بالغير من باب أولى .

فالحق المطلق لاوجود له في الشريعة الاسلامية،ولا يتسق معروحها وقواعدها واهدافها ، ومن ثم فلا مكان فيها للانانية الفردية التى تكمن وراء استعمال الحقوق غالبا ، والتي كانت سبباً في نشوء مذاهب اجتماعية متطرفة انكرت شخصية الفرد وحقوقه ،متذرعة بطغيان الانانية الفردية، فكأن التخلص من الطغيان لايكون الا بالوقوع في طغيان مثله .

تقييد الحق بالمعنى الخلقي والديني من قواعد الشرع

بينا ان **المعنى الديني والخلقي** في الفقه الاسلامي لاينفصل عن «المعاملات» بل إن من الاصوليين من يجعل **العفو عن المظالم واسقاط الحقوق** مما يتسق مع **قواعد الشريعة** ، **ويعتبر تحريم العفو والأخذ بالجزاء دائماً أبعد عن القواعد**، وواضح ان العفو ـ في الاصل ـ شيمة خلقية ، وفضيلة نفسية ، وهي عند علماء المسلمين **أصل من أصول الشريعة** يتصل بقواعدها . ولعل هذا العفو يتصل اتصالاً وثيقاً بالرحمة ، **والرحمة** قد انزلت الشريعة كلها من أجلها « وما ارسلناك الا رحمة للعالمين » « وتواصوا بالصبر وتواصوا بالمرحمة » .

فان قيل : ان هذا مزج للقواعد الشرعية بالقواعد الخلقية مع الفارق بينهما

(١) المرجع السابق ص ٦٨ و ٦٩ .

طبيعة وهدفا ، قلنا ان هذا المزج ميزة الشريعة الاسلامية باعتبارها شريعة دينية لم تأت للتنظيم واقرار الجزاء والعقاب الدنيوي ـ فحسب ، بل جاءت للاصلاح والتكوين النفسي ، وهو اصلاح جذري لايغنى عنه تنظيم العلاقات الاجتماعية ، وتحديد سلوك الأفراد في صورها المادية ، وهذه الظاهرة هي التي تفرق بين الشريعة والقوانين الوضعية . فللشريعة منطق يختلف عن منطق القانون في التشريع .

أحكام الشريعة بين الواقعية والمثالية

قلنا ان الشريعة الاسلامية تحث على التسامح وتغرى به في استعمال الحق واقتضائه ايا كان نوعه ، ففي المعاملات ، انظر ان شئت الى قوله تعالى : «فان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة ، وان تصدقوا ... » فاذا كان لصاحب الحق ـ عدلا ـ ان يقتضي حقه من مدينه ، ويكرهه على ذلك ولو بالحبس اذا كان واجدا مماطلا ، الا انه اذا ثبت اعساره ، فالمروءة والفضل يقتضيان انظاره ، اما وسيلة الاكراه بالحبس فاستعمالها حالة الاعسار غير مشروع ، لان هذه الوسيلة انما شرعت اذا افضت الى المقصود ، وهو اجباره على قضاء الدين حالة المقدرة ، اما استعمالها مع العلم بانها لاتثمر ، ولا تحصل مقصودها ، فمحض تعسف في استعمال الحق ، والتعسف ظلم ، يقول العز : « كل تصرف تقاعد عن تحصيل مقصوده باطل[1] » . هذه درجة اولى ، وثمة درجة أخرى ندبت الدائن اليها وأغرته بها ، بما وعدته من الثواب ـ وهي التصدق بالدين على المعسر ، وهذه نزعة مثالية ارتفعت عن مقتضيات العدل الى مستوى الاحسان والفضل ، وهاتان النزعتان : الواقعية التي تتمثل في العدل ، والمثالية التي تنزع الى الاحسان والفضل ، تدعمها الآية الكريمة « ان الله يأمر بالعدل والاحسان » .

---

(١) القواعد ج ٢ ص ١٦١ و ١٦٢ – ويقول صاحب منح الجليل : « والوسيلة لاتشرع عند ظن عدم ترتب المقصود عليها » ج ٢ ص ١٠٢ و ص ١٠٣ .

ولا يخفى مافي ذلك من تمتين روابط الاخوة والتضامن الاجتماعي .

وفي العقوبات : قال الله تعالى : يأيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص في القتلى الحرّ بالحرّ ، والعبد بالعبد ، والانثى بالانثى ، فمن عفى له من أخيه شيء فاتباع معروف واداء اليه باحسان ، ذلك تخفيف من ربكم ورحمة ، فمن اعتدى بعد ذلك فله عذاب أليم ، ولكم في القصاص حياة ياأولي الالباب لعلكم تتقون » .

واقعية المثالية ومثالية الواقعية

فالشريعة اذ شرعت القصاص، أقرت بواقع فطرة النفس الانسانية،فالجزاء على الجريمة عدل يرتاح له ضمير الفرد ، وتطمئن اليه نفسه ، ويعسر عليها ان تتقبل احتمال الاذى والظلم ،ذلك؛لان النفس لايرضيها الا المماثلة في الجزاء غالبا، هذا من جهة ، ومن جهة أخرى ، فان شرعية القصاص زاجرة للنفوس التي لايردعها عن الظلم والفساد الا أحكام رادعة ، فلا بد من تشريع هذا الحكم **عدلا وردعا** ، وفي هذا تساير الشريعة منطق الواقع من الناحيتين : من ناحية من له الحق ، وناحية من عليه الحق ؛ ولكنها في الوقت نفسه فتحت السبيل على مصراعيه الى **التخفيف من حدة المماثلة،والعدل الدقيق في الاقتضاء،واستعمال الحق ، تساميا الى المثالية** ، وحثت النفوس على ذلك ، وراعت تفاوت هممها، فجعلت لولى الدم العفو الى بدل مالي وهو الدية ، او العفو المطلق ، ففي القصاص اذن حقان : **حق أعلى** ، وهو المماثلة ، **وحق أدنى** : وهو العفو ببدل مالي ، او العفو المطلق ، وعلى من عفا أن يتبع القاتل بالمعروف ، ولا يطالبه بعد العفو الا بالمال المصالح عليه ، وعلى القاتل ان يؤدي بدل الصلح باحسان ، أي بلا مطل ولا بخس [1] .

---

(١) راجع مقال الشيخ احمد ابراهيم مجلة الحقوق عدد/٣/٢/١٧٢٧ .

ولا شك ان في ندب الشريعة الى اسقاط الحق ، كما في التصدق بالدين على المدين المعسر ، وكما في العفو المطلق عن القاتل ، من أجل محو واقعة قتل النفس الانسانية ، ولو على سبيل المقاصة والمغادلة ، تمتينا لروابط التضامن والتكافل الاجتماعي ، لما في ذلك من استئصال الاحن والاحقاد بالعفو عن القاتل ، وتحميله منة العفو ، والابقاء على حياته مع القدرة القصاص ، وتأييد القضاء له .

ولا يخفى مافي التعبير بقوله تعالى : « **من اخيه** » من التعطف الداعي الى العفو ، والاشارة الى أن عاطفة الاخوة في الدين أقوى من عاطفة الانتقام ، فالقتل لاينبغي أن يذهب بأخوة الايمان .

وهذا يؤكد ماقررناه سابقا ، من أن المبدأ الذي حثت عليه الشريعة في استعمال الحق ، هو تجاوز **العدل** الى **الفضل** « عملا بقوله تعالى : « ولا تنسوا الفضل بينكم » وقوله تعالى « ان الله يأمر بالعدل والاحسان » وقوله تعالى : « ولمن صبر وغفر إن ذلك لمن عزم الأمور » .

على ان هذا **التسامي** تقتضيه الفطر السليمة ، والظروف والبيئات ، فاذا كانت المماثلة في القصاص يحرص عليها طائفة من الناس ممن يستحكم فيه حب الاخذ بالثأر ، والتشفي والانتقام ، فان فريقا آخر قد يوجد في ظروف مادية تقتضيهم أن يعدلوا عن القصاص الى البدل المالي ، وهو الدية ، أو توجد صلات من القربى بين القاتل والمقتول تجعل القصاص شديد الوطأة على نفوسهم .

وفريق ثالث قد يرى العفو المطلق ، لسمو نفوسهم ، وتسامح في فطرتهم او قوة في دينهم ، فهم يلتمسون الأجر من الله تبارك وتعالى .

والخلاصة : ان الشريعة حببت الى ذي الحق في القصاص العفو ، وأغرته به من الناحية المادية ، فجعلت له ان يعفو على مال ، وأغرته من الناحية **المعنوية** ايضاً فوعدته رضاء الله والثواب الجزيل في الآخرة « **فمن عفا واصلح فأجره على الله** » « **فمن تصدق به فهو كفارة له** » « **والكاظمين الغيظ والعافين عن الناس** »

وهذا عامل فعّال في حفظ الأمن ، واقرار النظام بين الجماعات [1] ؛ ولذا كان هذا الدين دين الفطرة « فاقم وجهك للدين حنيفا فطرة الله التي فطر الناس عليها لاتبديل لخلق الله . ذلك الدين القيم ولكن اكثر الناس لايعلمون » .

أما أن القواعد الخلقية من قواعد الشرع فذلك مايقرره الأصوليون: يقول الإمام العز بن عبد السلام: «ان اجمع آية في القرآن للحث على المصالح كلها، والزجر عن المفاسد بأسرها ، قوله تعالى « ان الله يأمر بالعدل والاحسان، وايتاء ذي القربى ، وينهى عن الفحشاء والمنكر والبغي ، يعظكم لعلكم تذكرون »

ويشير الإمام العز بن عبد السلام الى أن الاحسان له أثر القاعدة الشرعية؛ اذ يقول: « الاحسان لايخلو عن جلب نفع ، أو دفع ضرر ، **أو عنهما** ، وتارة يكون في **الدنيا** ، وتارة يكون في **العقبى** ، وأما في الدنيا **فبالارفاق** الدنيوية ، ودفع المضار الدنيوية، وكذلك **اسقاط الحقوق والعفو عن المظالم** [2]». وهكذا يجعل العلامة العز بن عبد السلام إسقاط الحق في المعاملات والعفو عن المظالم من باب جلب المصالح ودرء المفاسد، **وهو الاصل** الذي قامت عليه الشريعة، وبهذا يبدو لنا واضحاً ان الشريعة تتذرع بكل قاعدة خلقية او تشريعية لتأكيد هذا الأصل.

وعلى هذا لايقال ان **العفو** عن القاتل يدفع الى الاجتراء على **الجريمة**، فلايحصل المقصود من محو واقعة القتل ، وتطهير المجتمع من الفساد ، لأن العفو في الشريعة وصف مناسب اعتبره الشارع ، وشرع الحكم عنده ؛ لانه لايلزم عنه مفسدة الجرأة على الظلم في الغالب ، وكل مصلحة أربت على مايلزم عنها من مفسدة كانت مشروعة ، وقد جاءت الادلة من الكتاب والسنة بطلبها . « وان عاقبتم فعاقبوا بمثل ماعوقبتم به ولئن صبرتم لهو خير للصابرين ».

---

(1) التشريع الجنائي – عبد القادر عوده – ج ١ ص ٩٤ه ، تعال الشيخ محمد ابي شهبه ، مجلة الازهر جمادى الاخر سنة ١٣٨٢ ص ٤٠٢ و ص ٤٠٣ .

(2) القواعد للعز بن عبد السلام ج ٢ ص ١٦١ .

وقد أورد العز بن عبد السلام هـذا القول ورد عليه بقوله : « وقال بعض العلماء : ينبغي ألا يعفى عن الظالم ، كيلا يجترىء على المظالم ، **وهو بعيد من القواعد** .. وقد وصف الرسول ﷺ بأنه لا يجزى السيئة بالسيئة ، **يعفو ويصفح** ، مع أن الجرأة عليه أقبح من كل جرأة ، ولأن العفو لا يؤدي الى الجرأة غالباً ، إذ لا يعفو من الناس إلا القليل ، وقد مدح الله العافين عن الناس وهو عفوٌ « يحب العفو ، وقد رغب في العفو بقوله : « **فمن عفا وأصلح فأجره على الله** »[1] .

وقد يقال : ان مبدأ العدل المثالي المطلق أمر واجب في الشرع ، فكيف يكون مباحاً غير مطلوب ، قلنا : نعم : مبدأ العدل **المطلق واجب في القضاء والحكم** ، فلا يؤثر فيه عامل من الهوى أو القرابة او اختلاف العرق أو العداء أو ما إلى ذلك ، فهو مبدأ مثالي مطلق كما سيأتي بيانه ، غير أن التعادل الدقيق في اقتضاء الحقوق بين الأفراد بعضهم قبل بعض أمر مباح لا تحث الشريعةعليه بل تندب الى تجاوزه الى الفضل والتسامح والاحسان ، أو التنازل عنه كلًا أو بعضاً لما قدمنا من الأدلة .

الباعث كأصل خلقي وأثره في المعاملات والتصرفات :

وبما يؤكد أن المبادىء الخلقية تمثل حجر الزاوية في الفقه الاسلامي « **ان العمل مطلقاً عبادة** »ولذا اشترط الاصوليون ألا تقتصر نية المباشرللعمل ـ حقاً كان أم إباحة – على توخي المصلحة الذاتية التي شرع من أجلها العمل ؛ لأنهذا لا يخرجه عن كونه مبتغياً حظاً مجرداً من حظوظ الدنيا ، بل لا بـد من أن

---

(١) المرجع السابق .

ينوي امتثال أمر الله ونهيه [١]، فكيف يتأتى في مثل هـذا التشريع أن يصح عمل يحمل عليه باعث غير مشروع ، أو نية تتجه إلى الاضرار بالغير ، ولو كان ذلك العمل في أصله مشروعاً من حيث الظاهر ؟

وعلى هذا ، فالقول **بوجوب تحري الدوافع النفسية التي تحرك ارادة المنشيء للالتزام او التصرف ، أمر يتفق وروح الشريعة ومقاصدها** .

نخلص من هـذا الى أن ناحية التعبّد موجودة في كل حكم - وهو منشأ الحق أو الإباحة - سواء كان معقول المعنى بينة حكمته أم غير معقول - وأن الحقين : - حق الله وحق الفرد - متلازمان إذا ، وجد أحدهما وجد الآخر ، فهما دائماً مجتمعان[٢] .

ولا شك أن حق الله تعالى هو امتثال أمره واجتناب نواهيه ، وهذا الامتثال طاعة ، والطاعة من حيث هي طاعة عبادة ، والعبادة تفتقر إلى نية ، فكان نتيجة ذلك - **ان كل عمل في الشريعة يفتقر الى نية امتثال امر الله** ، وبهذا لا ينفصل المعنى الديني عن كل معاملة أو تصرف ، أداء لحق الله في صدق العبودية ...

أضف الى ذلك **ان حسن النية وسوءها** ، وشرف الباعث وطهارته ، من صميم الخصال الخلقية ، وقد جعلها أصوليو الفقه الاسلامي والمحققون من الفقهاء ، روح التصرف والعقد ومصححه ومبطله كما يقول ابن القيم ، وعلى هـذا فليست صحة التصرف في الشرع - على ما هو الراجح - منوطة بهيئته الشرعية الظاهرة

---

(١) الموافقات جـ ٢ ص ٣١٧ ، الفروق للقرافي جـ ١ ص ١٤١ ، الحق والذمة للاستاذ الشيخ على الخفيف ص ١٢٢ .

(٢) راجع الفروق للقرافي - الفرق الثاني والعشرون - الموافقات للشاطبي جـ ٢ ص ٣٢٢ .

فحسب ؛ بل مرتبطة كذلك بالباعث الدافع الى التصرف ، عملاً بقوله ﷺ : « إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرىء مانوى »[1]،وهذا الحديث أصل لقاعدة مؤصلة في الشرع . الأمور بمقاصدها[2] .

وهذا مايؤكده الامام الشاطبي أيضاًبقوله: « لما ثبت أن الأحكام شرعت لمصالح العباد ،كانت الأعمال معتبرة بذلك؛ لأنه مقصود الشارع فيها كما تبين؛ فاذا كان الأمر في ظاهره وباطنه على أصل المشروعية فلا إشكال ، وإن كان الظاهر موافقاً والمصلحة مخالفة فالعمل غير صحيح وغير مشروع [3] » .

على أنه لا يكفي توخي المصلحة التي شرع العمل من أجلها؛بل لا بد فيها من نية امتثال أمر الله ، وبيان ذلك: ان العمل – وهو وسيلة تنفيذ الحق – بوجه عام – إذا كان تعبدياً ، أي يقصد به امتثال أمر الله واجتناب نهيه ، وهو حق الله فيه كما بينا ، فان المصلحة التي تقصد به تعبدية أيضاً لأمرين :

الأول : لأنها من وضع الشارع الحكيم ، وذلك آية حق الله في المصلحة ، فلا يجوز للعباد ابتداع المصالح ، لأنه تشريع مبتدأ ، وذلك محرم بالضرورة.

الثاني : ان المكلف إذا كان عليه أن يتوخى المصلحة التي قصدها الشرع ، حتى يكون قصده في العمل موافقاً لقصد الله في التشريع ، فإن توخيه لمحض المصلحة ولذاتها ، لا يجعل عمله تعبدياً ، لأنه لا يختلف عن ابتغاء أي إنسان لحظوظه المجردة في الحياة ، فلا بد – ليؤدي حق الله في عمله – أن تتجه نيته الى امتثال أمر الله جل وعلا.

---

(١) راجع سند هذا الحديث وشرحه في جامع العلوم والحكم لابن رجب الحنبلي ص ٥ – ١٠ .

(٢) المادة /٢ من مجلة الاحكام العدلية ، اعلام الموقعين جـ ٣ ص ٨٢ .

(٣) جـ ٢ الموافقات ص ٣٨٥ .

يقول الامام الشاطبي في هذا المعنى : « فان الذي يعلم أن هذا العمل شرع لمصلحة كذا ، ثم عمل لذلك القصد ، فقد يعمل العمل **قاصداً للمصلحة ، غافلا عن امتثال الأمر فيها** ، فيشبه من عملها من غير ورود أمر[1] ، والعامل على هذا الوجه عمله عادي : فيفوت قصد التعبد[2] . »

وإذا ثبت أن المصلحة تعبدية ـ سواء كانت معقولة المعنى أم غير معقولة ـ فما انبنى عليها ـ وهو التصرفات والأعمال ـ تعبدية أيضاً .

وهكذا نرى أن المحققين من الأصوليين[3] والفقهاء ، يقيمون تصرفات المكلف ـ وفي المعاملات بوجه خاص ـ على أساس من **العنصر النفسي** ، وهو القصد والباعث كما سيأتي تحقيقه في موضعه إن شاء الله ، والباعث يعتبر من صميم الخصال الخلقة .

هذا ، واذا كانت القيم الخلقية تمثل الجانب الأساسي في الفقه الاسلامي ، وكان المزج بينها وبين المبادىء التشريعية أمراً تقتضيه طبيعة هذا الفقه وروحه باعتباره فقهاً يستند الى عقيدة دينية ، ولذا كان طبيعياً في منطقه ، فذاً في تشريعه بالنظر لطابعه الخاص ، فانا نرى اليوم من أعظم فقهاء الغرب المعاصرين من يزعم أصالة النزعة الخلقية في القانون ، ليبرر بذلك إنشاء نظرية التعسف في استعمال الحق باعتبارها ترتكزا أساساً على النزعة الخلقية لا سيا في معيارها الذاتي ، إذ يقول :

---

(١) اي بمجرد هواه .

(٢) الموافقات جـ ٢ ص ٣٧٤ .

(٣) من هؤلاء الشاطبي في موافقاته وهو من المالكية ، وابن رجب الحنبلي في كتابة جامع العلوم والحكم ، وابن تيمية وابن قيم الجوزية من الحنابلة ، وهذان الاخيران قد حملا لواء فكرة الباعث واعمالها في التصرفات ، ودافعا عنها دفاعاً قوياً يستند الى روح الشريعة ومقاصدها في الفتاوى للاول وفي الاعلام للثاني وعلى الجملة المذهبان الحنبلي والمالكي يقومان على هذا الاصل .

« إن الحدود بين القانون والأخلاق لم توجد إلا في مخيلة بعض الفقهاء ، والدليل على ذلك ما في التعاريف التي وضعوها لهذين العلمين ؛ لتوضيح الفرق بينهما ، من بعد عن الدقة ، وتصنع يوضح الحيرة التي فيها أصحابها ، والعنت الذي يلاقونه في الفصل بين هاتين الفكرتين المنتميتين الى كلّ واحد ، إذ مبادىء القانون ما هي إلا مبادىء الأخلاق بالقدر الذي يصحبها فيه جزاء – وعلم الأخلاق ما هو إلا البودقة التي يصاغ فيها القانون عن طريق التشريع والعرف والعادة [1] »

فاذا كان اصل القانون قواعد الخلق ، فمؤدى هذا ان غنى القانون وخصبه منوطان بمدى خصوبة ذلك الاصل ، وقد رأينا ان الشريعة الاسلامية تمثل القواعد الخلقية فيها الحجر الاساسي ، ذلك ؛ لان رسالتها ومهمتها الاساسية هي السموّ بذات الانسان والعناية بكمالاته وفضائله النفسية ، وبذلك امكن القول بأن الفقه الاسلامي عبارة عن **خلق وتشريع** ، ولذا وجـــدت نظرية التعسف فيه أرضاً خصبة ، لانها تعتمد اساساً على هذا **العنصر النفسي او الخلقي** ، حتى ان بعض معاييرها **المادية** ترتد كقرائن دالة على هذا العنصر [2] ؛ لذا كانت هذه النظرية تمثل بحق النزعة الخلقية في التشريع الاسلامي .

والخلاصة ان المبادىء الخلقية كما تقيد الحق بمنع الاضرار ، **تصونه وترعى** المصلحة العامة ، وتقضي على التحايل على قواعد الشريعة ، كما انها – كنتيجة لذلك – تسهم في بناء التكافل الاجتماعي ، وتحقق مقاصد التشريع .

---

(١) الفقيه الفرنسي جوسران روح الحقوق ونسبيتها ، نبذة ص ٢٥٤ .

(٢) سيأتي شرح وتفصيل ذلك كله في موضعه ان شاء الله .

المبحث الثاني

مبدأ العدل المطلق في الفقه الإسلامي وصلته بنظرية التعسف

يمتاز الفقه الاسلامي باقامة أحكامه على اساس من العدل المطلق الذي لايتأثر بأي اعتبار مهما كان ، ان في الحكم أو التشريع الاجتهادي ، أو القضاء ، أو في المعاملات .

١ ـ في الحكم والسلطة :

أما في « الحكم » فلقد قامت الأدلة الصريحة من الكتاب والسنة على وجوب النزول على مقتضيات العدل ، قال تعالى : « ان الله يأمر **بالعدل** والاحسان وايتاء ذي القربى وينهى عن الفحشاء والمنكر والبغي يعظكم لعلكم تذكرون [1] » « ان الله يأمركم ان تؤدوا الامانات الى أهلها ، واذا حكمتم بين الناس ان تحكموا **بالعدل** » .

فلا تقر الشريعه اذن اي لون من الوان الحكم الظالم ، او صورة من صور التعسف في استعمال السلطة ، فلا يجوز ان يعبث بميزان العدل عامل الهوى او العاطفة من الحب أو الكراهية ، حتى بين الاعداء ، « ولا يجرمنكم شنآن قوم على ألا تعدلوا اعدلوا هو أقرب للتقوى »

---

(١) انظر في القواعد للعز بن عبد السلام ج ٢ ص ١٦١ بسطاً مفصلا في تفسير هذه الآية .

او عامل من القرابة . « يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء ولو على انفسكم أو الوالدين أو الأقربين » .

والعدالة حق في الشرع الاسلامي يتمتع به كافة المسلمين على السواء دون تفرقة بين **اوضاعهم الاجتماعية** : « ان يكن **غنياً** أو **فقيراً** فالله أولى بهما فلا تتبعوا الهوى أن تعدلوا،وإن تلووا او تعرضوا فان الله كان بما تعملون خبيراً» .

كما يجب ان يشمل تطبيقها غير المسلمين من الامم الاخرى ؛ لأن الاسلام لا يفرق في ميزان العدل بين البشر ، وهو مستوى من المثالية لم ترق اليه أي من القوانين الوضعية في حاضرها وماضيها . ومن هنا كانت حمايته للمصلحة الانسانية بعامة .

فان تخلف ذلك العدل في الحكم فلا تجب الطاعة حينئذ ، الا ان يترتب على العصيان ضرر اعظم من الطاعة، فعندئذ يصار الى الطاعة دفعاً للضرر الاشد[1] .

واذا كان العدل مصلحة عامة معتبرة في الشرع ، وجب ان يناط تصرف الحاكم او ولي الامر بهذه المصلحة اي بالعدل ، ولذا كان من المقرر في الشريعة ان « تصرف الامام على الرعية منوط بالمصلحة » ومنها العدل ،فيجب ان يناط به كل تصرف .

وليس هذا المبدأ نظريا ؛بل قد طبّق فعلاً في عهد الخلفاء الراشدين ، وعهد خلافة بني امية، ولا سيما على يد أبي بكر وعمر بن الخطاب وعمر بن عبدالعزيز[2] .

واذا كان العدل مصلحة عامة ، بل انزلت الكتب السماوية وبعثت الرسل لتحقيقه . قال تعالى: « لقد ارسلنا رسلنا بالبينات ، وانزلنا معهم الكتاب والميزان، ليقوم الناس بالقسط[3] . » فكل تصرف يصدر عن ولي الامر أو من

---

(١) من المقررات الشرعية : « الضرر الاشد يزال بالضرر الاخف » المادة ٢٧ من الاحكام العدلية ، الاشباه والنظائر لابن نجيم المادة الخامسة جـ ١ ص ١٥٧ ، الاشباه والنظائر للسيوطي المادة الخامسة ص ١٣٨ .

(٢) راجع النظريات السياسية الاسلامية للدكتور ضياء الدين الريس ص ٢٥٦ .

(٣) سورة الحديد ، آية ٣٥ .

بمثله من أعوانه ، يجب ان يكون **الباعث عليه تحقيق** مقصد الشرع ، وهو المصلحة العامة ، ورعايتها ، لاسيما فيما يتعلق بتصريف الشئون الداخلية للدولة ، من التشريع الاجتهادي ، والادارة ، والقضاء ، او الشئون الخارجية في علاقات الدولة مع غيرها من الدول الأخرى ، ومن هنا تدخل السياسة الشرعية .

السياسة الشرعية أساسها المصلحة والعدل

على ان الشريعة الاسلامية ـ في سبيل تحقيق العدل والمصلحة العامة ـ وضعت بيد ولي الامر سلطات تقديرية واسعة ،وعني ببحث مظاهر تلك السلطات فقهاء المسلمين ، كالماوردي[1] وابن تيمية[2] وابن القيم[3] وغيرهم .

ونعني بالسلطات التقديرية تلك التي لم يرد بشأنها نص من كتاب او سنة يحددها ، مما يقتضيه تنظيم مرافق الدولة وتدبير شئونها ، ورعاية الصالح العام ، وبالجملة من كل مايجلب مصلحة او يدرأ مفسدة ، على مقتضى من روح الشريعة ، ومقاصدها العامة ، ولو لم يرد بشأنها احكام تفصيلية ، وفي هذا يقول ابن القيم في تعريف السياسة الشرعية نقلاً عن ابن عقيل : « السياسة ما كان فعلاً يكون معه الناس أقرب الى الصلاح وأبعد عن الفساد ، وان لم يضعه الرسول ، ولا نزل به وحي[4] » .

فواجب ولي الأمر اذن تقصّي المصلحة والعدل في تصرفه ، لانها لباب الشرع وغايته ، وفي هذا يقول ابن القيم « قد بين سبحانه بما شرعه من الطرق ان مقصوده اقامة **العدل** بين عباده ، وقيام الناس بالقسط ، فأي طريق

---

(١) في كتابه الاحكام السلطانية .
(١) في كتابه السياسة الشرعية .
(٣) في كتابيه اعلام الموقعين ج ٣ والطرق الحكمية .
(٤) الطرق الحكيمة ص ١٥ .

استخرج بها **العدل والقسط**، فهي من الدين، وليست مخالفة له[1]».

السلطات التقديرية مظنة التعسف في استعمالها:

ولما كانت سلطة ولي الامر في الاسلام واسعة وتقديرية، فهي مظنة التعسف والانحراف بها عن الحق والعدل، ومجافاة مقصد الشارع في استعمالها؛ لذا اوجبت الشريعة عليه ان يصدر في تصرفه عن **باعث** لا يناقض مقصد الشرع، وبات من المقررات الشرعية ان «**تصرف الامام على الرعية منوط بالمصلحة**[2]» كما ذكرنا؛ اذ استعمال السلطة في غير مصلحة، تشهياً، او انتقاماً، او لتحقيق اغراض غير مشروعة لا تتعلق بحراسة الدين وسياسة الدنيا على مقتضى من روح الشريعة وقواعدها تعسف وظلم، وقد أورد اصحاب القواعد فروعاً للقاعدة السابقة من ذلك:

١ ـ اذا تخير في الاسرى بين الرق والقتل والمن والفداء، لم يكن له ذلك بالتشهي بل بالمصلحة، حتى اذا لم يظهر وجه المصلحة يحبسهم الى أن يظهر.

٢ ـ اذا أراد اسقاط بعض الجند من الديوان **بسبب جاز وبغير سبب لا يجوز**. ويعنى بالسبب غير المشروع أي بدافع التشهي او المصلحة الخاصة كما هو الحال في بعض البيئات؛ فلا يجوز، وذلك، لانه استعمال سلطة عامة لتحقيق اغراض خاصة، وهذا وجه من التعسف في استعمال السلطة.

٣ أمر القاضي لاينفذ الا اذا وافق الشرع. وولى الأمر من باب أولى.

٤ ـ ليس لولي الأمر ان يزوج امرأة ـ أي لاولى لها ـ بغير كفء، وان

---

(١) الطرق الحكيمة ص ١٦.

(٢) القاعدة الخامسة الاشباه والنظائر للسيوطي ص ٢٨، وابن نجيم ج ١ ص ١٥٧ والمادة ٥٨ من مجلة الاحكام العدلية، انظر شرح مراد القري ص ٨٨ حيث جعلت القاعدة مطلقة، التصرف على الرعية منوطيا لمصلحة تشتمل ولي الامر ونوابه من رجال الفكر والقضاء الادارة.

رضيت ؛ لان حق الكفاءة للمسلمين ، وهو **كالنائب عنهم ، فلا يقدر على اسقاطه** [1] .

أي كالوكيل عنهم ، ولا يتصرف الوكيل الا في حدود مصلحة الموكل ، وهي هنا **المصلحة العامة** ، لانه نائب عن الأمة ، فجميع هذه الأحكام دائرة كما رأينا على توخي المصلحة العامة لجماعة المسلمين، وعدم اعتسافها بوسيلة السلطة، وولى الأمر هو الذي يتولاها بتدبيره وسياسته، بالمحافظة والرعاية، على ضوء من روح الشرع وقواعده العامة .

مبدأ الكفاءات وصلته بمبدأ العدل :

لما كان ولي الأمر لايستطيع ان ينهض وحده بأعباء الحكم ومسئولياته ، والوفاء بواجباته ، وهي من الكثرة بحيث تلقي على عاتقه أعباء جسيمة هي أمانة مسئول عن ادائها امام الله والناس ، فانه مضطر الى الاستعانة بابناء الأمة في ادارة الدولة ، واسناد الوظائف اليهم ، وهنا يتعين عليه أن يحتاط في اختيار ولاته ونوابه وموظفيه ، ليسند الاعمال الى من هم جديرون بها ، قادرون على تصريفها بما يحقق الخير العام للناس،ولا يجوز ان يدخل رئيس الدولة ـ في اختيار اعوانه ـ عامل الهوى والغرض ،حتى لا يفسد الحكم وتهدر المصلحة العامة نتيجة اسناد اعمال الدولة **لغير الاكفاء**،اعتماداً على القرابة او الصداقة ، او ما الى ذلك من العوامل الشخصية التي يؤدي التعويل عليها الى افساد الاوضاع في الدولة ، واهتزاز كيانها .

ولذا يرى العلماء ان من **تعين لوظيفة** ، ولا يوجد من يقوم مقامه كفاءة، **فانها تلزمه ، ولا يقبل عزله ولا انعزاله .**

يقول الامام العز بن عبد السلام: واما الولايات فان **تعين** المتولي، ولم يوجد من

(١) المرجع السابق ص ١٢٨ .

يقوم مقامه ، فانها لازمة في حقه لايقبل العزل ولا الانعزال ، الى ان يوجد من يقوم مقامه ، فينفذ العزل والانعزال .

فلو عزل الامام او الحاكم انفسهما،وليس في الوجود من يصلح لذلك،لم ينفذ عزلهما لأنفسهما لوجوب المضي عليهما » .

تفاوت الكفاءات يستلزم التفاضل في العطاء :

وقد كان يرى عمر (رضي الله عنه) عدم التسوية بين الناس في العطاء والارزاق ، تقديراً للكفاءات ؛ وتشجيعاً لقوى الانتاج ؛ ونهوضاً بأصحاب المواهب الممتازة[1] .

فقد رأى أبو بكر رضي الله عنه قسمة الغنائم بالتساوي بين المهاجرين والانصار بحجة انهم اسلموا لله ، وأجورهم على الله ، ورأى عمر رضي الله عنه ان يكون نصيب المهاجر اكثر من نصيب الانصاري[2] ، وقال : اتجعل من ترك دياره وامواله مهاجراً الى النبي كمن دخل في الاسلام كرها ؟ فحكم أبو بكر رضي الله عنه في خلافته بما رآه من المساواة ، ولما جاءت خلافه عمر ، عمل برأيه في التفاضل بين المهاجرين والانصار في قسمة الغنائم[3] .

ونسوق بعض آراء العلماء في هذا الصدد .

يقول ابن تيمية :

يجب على ولي الامر أن يولي على كل عمل من أعمال المسلمين أصلح من يجده لذلك العمل[4]؛لانه من تأدية الامانة في الآية التي نزلت في ولاة الأمور..

---

(١) السياسة الشرعية للشيخ عبد الرحمن تاج ص ١٤٩ .

(٢) الاباحة عند الاصوليين والفقهاء للاستاذ محمد سلام مدكور ص ٣٠٣ .

(٣) الاشباه والنظائر لابن نجيم جـ ١ ص ١٥٨ .

(٤) السياسة الشرعية ص ١٠ لابن تيمية

« ان الله يأمركم ان تؤدوا **الامانات** الى اهلها ... الآية » .

ويقول النبي ﷺ « من ولى من أمر المسلمين شيئا ، فولى رجلا وهو يجد من هو اصلح للمسلمين منه ، فقد خان الله ورسوله [1] » .

« وقال عمر بن الخطاب رضي الله عنه : **من ولى من** أمر المسلمين شيئا فولى رجلا لمودّة أو قرابة بينهما ، فقد خان الله ورسوله والمسلمين [2] . »

وقد بين ابن تيمية طائفة من **البواعث** غير المشروعة التي تشكل تعسفاً في استعمال السلطة ، بقوله :

فان عدل ـ أي ولى الأمر ـ عن الاحق الاصلح الى غيره ؛ لأجل قرابة بينهما ، او ولاء عتاقه ، او صداقة ، أو موافقة في بلد ، او مذهب ، او طريقة **أو جنس** ، كالعربية والفارسية والتركية ... او **الرشوة** يأخذها منه **من مال او منفعة**، او غير ذلك من الأسباب، **او لضغن في قلبه على الأحق**،أو عداوة بينهما ، فقد خان الله ورسوله والمؤمنين ، ودخل فيما نهى عنه في قوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا لاتخونوا الله والرسول وتخونوا اماناتكم وانتم تعلمون » . « فان الرجل لحبه لولده أو لعتيقه قد يؤثره في بعض الولايات ، او يعطيه مالا يستحقه ، فيكون قد خان أمانته [3] » .

استغلال النفوذ :

ومن صور التعسف في استعمال السلطةاستغلال الوظيفة ، اياتخاذها ذريعة لاستجلاب النفع ، وجر المغانم، وجمع الاموال من غير حل بسلطان الولاية[4].

---

(١) رواه الحاكم في صحيحة ، المرجع السابق ص ١٠ .
(٢) المرجع السابق ص ١٠ .
(٣) السياسة الشرعية ص ١٠ لابن تيمية .
(٤) ابن حنبل ص ٢٨٩ لابي زهرة ، الاعتصام للشاطبي ج ٢ ص ١٢٣ .

ولقد كان عمر بن الخطاب رضي الله عنه يشاطر الولاة الذين يتهمهم في أموالهم، عملا **بالمصلحة المرسلة**؛ لانه رأى في ذلك صلاح الولاة[1].

وحادثة ابن اللتبية التي رويت في الصحيحين عن ابي حميد الساعدي (رضي الله عنه) قال: استعمل النبي (ص) رجلا من الأزد يقال له ابن اللتبية على الصدقة، فلما قدم قال: هـذا لكم، وهذا أهدى الي، فقال النبي (ص) مابال الرجل نستعمله على العمل مما ولانا الله، فيقول هذا لكم، وهذا أهدى الي؟ فهلا جلس في بيت أبيه أو بيت أمه، فينظر أيهدى اليه أم لا؟ والذي نفسي بيده...[2] الخ.

وقال عمر بن الخطاب رضي الله عنه: «هدايا الأمراء غلول[3]».

تدخل ولي الامر لتحقيق العدل والمصلحة:

على أن «**المصلحة العامة**» التي هي قطب الرحى لاحكام السياسة الشرعية، قد تقتضي ولي الامر التدخل في شئون الافراد في كل ظرف يغلب على الظن فواتها بعدم التدخل، كما في الاحتكار، والتسعير الجبري، وتوظيف الأموال على الاغنياء لدفع خطر طارىء على البلاد، أو ما أشبه ذلك، سواء أكان التدخل في أصل حق الملكية، كما في منع الاحتكار، والتسعير الجبري، او في منع المباح اذا افضى استعماله الى ضرر عام.

وعلى هذا فدرء التعسف في استعمال السلطة يعتمد على أمرين:

الاول: طهارة الباعث وشرف النية: حتى لايناقص قصد ذي السلطة في استعمالها قصد الشرع في منحه اياها، وذلك بان يعبث الهوى او المصلحة الخاصة في تصرفه على الرعية.

---

(١) السياسة الشرعية لابن تيمية ص ١٠ ومابعدها.

(٢) الطرق الحكيمة ص ٢٨٩.

(٣) السياسة الشرعية لابن تيمية ص ٤٣.

اما الثاني: فهو النظر الى مآل التصرف الصادر من ولاة امور في استعمالهم سلطاتهم ،او الصادر من الناس فيما يستعملون من حقوق أو اباحات،بقطع النظر عن الباعث أو القصد .

ومن هنا جاز لولي الأمر أن يقيد استعمال الحق بالقدر الذي يصون به المصلحة العامة ، فله ان **يتدخل في شئون الأفراد** لهذا الغرض العام ، ومن أمثلة ذلك :

١ - يجوز لولى الامر منع المباح، اذا توقع افضاءه الى مفسدة عامة ، فقد منع عمر بن الخطاب رضي الله عنه التزوج بالكتابيات [١] في بعض الظروف ، رعاية للمصلحة العامة ، فبعث الى حذيفة بن اليمان الذي كان واليا على المدائن في بلاد العجم برسالة يقول فيها : « بلغني انك تزوجت امرأة من أهل الكتاب ، وذلك مالا أرضاه لك ، فطلقها ولا تبقها في عصمتك .. . فكتب اليه حذيفة : أحلال هذا الزواج أم حرام ؟... فكتب اليه عمر : هذا الزواج حلال ! ولكن في نساء الاعاجم خلا به وخداعا، واني لأخشى عليكم منه [٢]،وفي رواية الجصاص [٣] تعليل آخر للمنع ؛اذ يقول عمر في الاجابة « لا،ولكني أخاف أن تواقعوا المومسات منهم » .

فسواء أكانت علة المنع الافضاء الى الفتنة بين المسلمات ، بانصراف الرجال المسلمين عنهن الى التزوج بغيرهن من نساء الاعاجم ، ام كانت المفسدة مظنة مواقعة المومسات ، فان الذي يعنينا هو أن هـذا المباح قد منع بالنظر الى هذا المآل،وهو - كما ترى - مفسدة عامة،وولي الأمر ملزم بحمل الناس على الصلاح، باتخاذ كل وسيلة لاتصدم روح الشريعة،أو تناقض مقاصدها،ولو بتحريم المباح.

---

(١) تاريخ الطبري جـ ٦ ص ١٤٧ ، فتح القدير جـ ٣ ص ١٣٥ .

(٢) تاريخ الطبري جـ ٦ ص ١٤٧ .

(٣) احكام القرآن للجصاص جـ ٢ ص ٣٩٧ ، تعليل الاحكام للشيخ مصطفى شلبي ص ٤٥ .

٢ – وأيضا فان عمر – رضي الله عنه – قد حجز على أعلام المهاجرين أن يخرجوا من المدينة الا بأذن ، وإلى أجل ، وذلك حرصا منه على أن يظلوا على اوضاع الاسلام الاولى ، فلا يفتنوا في دينهم اذا نظروا الى زخرف الدنيا خارج المدينة .

وهذا تقييد للحرية العامة في التنقل [١] .

٣ – « أكل اللحوم المشروعة مباح في كل وقت ، لكن عمر (رض) قيده ببعض الأيام دون بعض ، فمنع الناس من أكل اللحوم يومين متتالين ، حتى يكون هناك مجال لتداوله بين الناس [٢] .

وهذا كله نظر الى مآل التصرفات، ولو كانت في ذاتها مباحة، ووجه المناقضة لمقصد الشرع، أن المباح لم يشرعه الشارع ليفضي الى مفسدة عامة ، حتى اذا كان مآله مضرة راجحة في بعض الظروف ، منع ، لان ضابط المشروعات: أن كل ماغلبت فيه المفسدة على المصلحة كان غير مشروع ، وعلى ولي الامر درء هذه المفاسد مراعاة للصالح العام ، بمنع اسبابها ، ولو كانت في الاصل مشروعة .

ويقول الاستاذ مصطفى الزرقاء في هذا الصدد :

« ان الفقهاء قد اعتبروا أوامر السلطان – ولي الامر – مرعية نافذة شرعا – ولو كانت تتضمن تقييد مطلق – أو منع جائز في الاصل، أو ترجيح رأي فقهي مرجوح، مادامت تستند الى مصلحة يرجع الى ولي الامر تقديرها، بحسب قاعدة المصالح المرسلة [٣] .

---

(١) الاباحة عند الاصوليين والفقهاء ، للاستاذ محمد سلام مدكور ص ٣١٥ نقلا عن مذكرة لطلاب الشريعة بكلية الحقوق جامعة القاهرة للاستاذ الشيخ محمد فرج السنهوري .

(٢) عمر بن الخطاب لابي الفرج بن الجوزي ص ٦٨ .

(٣) الفقه الاسلامي في ثوبه الجديد ، العقود المسماة في الفقه الاسلامي – عقد البيع – ج : هامش ص ٢٣ .

التدخل في اصل حق الملكية تحقيقا لمبدأ العدل ودرءاً للتعسف

اذا كان تقضي المصلحة العامة وتحقيقها أو رعايتها ـ وهو مقصد الشرع من منح ولي الامر سلطة التصرف على الرعية ـ يقتضي التدخل في الحريات العامة او الاباحات ، كما رأينا ، فيمنعها بالنظر الى مايؤول اليه ذلك الاستعمال من مفسدة راجحة ، فان ذلك يقتضي ايضاً التدخل في أصل حق الملكية ، تحقيقاً للخير المشترك ، من ذلك :

١ — أن لولي الأمر ان يحمل من يهمل أرضه على زراعتها اذا اقتضت المصلحة العامة ذلك ، وهو اذ **يتدخل في هذا** ،فلاجل مصلحة الفقير،لان له حقاً معلوماً في الزرع فضلًا عن المصلحة العامة للبلاد في تنمية الثروة الوطنية ، فاذا تقاعس فلولي الامر أن يؤجرها لغيره يعمل فيها بأجر المثل .

ولا شك ان مصلحة الفقير ، ومصلحة تنمية ثروة البلاد اذا كانت مقدراتها محدودة ، مصلحة حقيقية ومؤكدة وعامة تجب مراعاتها بالتدخل اذا كان عدمه يؤدي الى فواتها . ثم ألا يعتبر اهمال زراعة الارض وتثميرها من إضاعة المال ، وهو منهى عنه بالنص .

٢ — **في الاحتكار** — كذلك لولي الامر ان يتدخل لمنع الاحتكار . يقول صاحب الاختيار[١] « واذا رفع الى القاضي حال المحتكر يأمره ببيع ما يفضل عن قوته وعياله ، فاذا امتنع باع عليه » . وقيل : اذا رفع اليه اول مرة نهاه عن الاحتكار ، فان رفع اليه ثانيا **حبسه وعزره** بما يرى **زجرا له** ، ودفعا للضرر **عن الناس** » . واحتكار الاقوات كاحتكار الصناع ومنافعهم ، فيجبرون على العمل بأجر المثل اذا اقتضت ذلك

---

(١) الاختيار ج ٤ ص ٢٢٦ و ٢٢٧ ، الطرق الحكمية لابن قيم الجوزية ص ٢٨٤ .

مصلحة الامة[1] ، او مصلحة اهل المدينة .

٣ – **في التسعير الجبري**[2] : وجاء في الاختيار « ولا ينبغي للسلطان ان يسعر على الناس الا ان يتعدى ارباب الطعام **تعديا فاحشا في القيمة** ، فلا بأس بذلك بشورة اهل الخبرة ، **لان فيه صيانة حقوق المسلمين عن الضياع** [3] » ويرتكز هذا التدخل على قاعدة . مالا يتم الواجب الا به فهو واجب .

التوظيف على الاغنياء ما تقتضيه كفاية المصلحة العامة :

ولولى الامر العادل ان يوظف على الاغنياء **مايراه.كافيا** لتكثير الجند،وسد الثغور ، وحماية الملك المتسع الاقطار – اذا خلا بيت المال من الأموال

ويقول صاحب الاعتصام : « وجه المصلحة هنا ظاهر ، فانه لو لم يفعل الامام ذلك النظام بطلت شوكة الامام،وصارت ديارنا عرضة لاستيلاء الكفار[4]»

ويشير الإمام الشاطبي الى القاعدة المقررة في الشرع ، والتي تحكم التدخل ، اذ يقول : « فاذا عورض هذا الضرر العظيم بالضرر اللاحق لهم ، اي بالاغنياء ، بأخذ البعض من اموالهم ، فلا يتمارى في ترجيح الثاني عن الاول – وهو مما يعلم من مقصود الشرع قبل النظر في الشواهد [5] » .

وهذه هي قاعدة: « الضرر الاشد يزال بالاخف[6]» أو قاعدة «يختار اهون الشرين[7]»والواقع ان هاتين القاعدتين يجري تحكيمها في معظم مسائل التعسف

---

(١) المرجع السابق ص ٢٨٩ .

(٢) الاختيار ج ٤ ص ٢٢٧ ، الطرق الحكمية ص ٢٨٥ .

(٣) الاختيار ج ٤ ص ٢٢٧ .

(٤) الاعتصام للشاطبي ج ٢ ص ١٢١ و ١٢٢ .

(٥) المرجع السابق ج ٢ ص ١٢٢ .

(٦) المادة ٢٧ من مجلة الاحكام العدلية .

(٧) المادة ٢٩ من المجلة السابقة .

في استعمال الحق ، ويمثلان **المعيار المادي** للنظرية الذي يعتمد على **الموازنة** بين مايلحق صاحب الحق من تقييد استعماله لحقه من ضرر ، وما يترتب على اطلاقه من ضرر لاحق بالغير .

والخلاصة :

ان الشريعة الاسلامية قيدت استعمال السلطة العامة بقيود تمنع التعسف في استعمالها بنصوص تفصيلية ذكرت آنفاً ، وبقواعد محكمة ، وبذلك يتضح أن نظرية التعسف منبسطة الظل على الحقوق الخاصة والحقوق العامة على السواء ، تقيد الفرد ـ حاكما أم محكوما ـ في استعمال حقه تحقيقاً **للمصلحة والعدل** .

المبحث الثالث

مؤيدات مبدأ العدل والمصلحة من مصادر التشريع التي لا نصَّ فيها

٢ ـ في الميدان الاجتهادي :

قلنا ان مبدأ العدالة في جوهره يرد قيدا على استعمال الحق في **السلطة العامة** (التنفيذية) **والقضاء** ، وقد أقمنا الأدلة من قبل على وروده **قيدا** على استعمال الحقوق الفردية في المعاملات ، فرأينا الشريعة تندب الفرد الى تجاوز العدل في الاقتضاء الى الاحسان والفضل ، أي عدم التزيد في استعمال الحقوق واقتضائها ، والى الزيادة في قضائها ووفائها .

أما في **ميدان الاجتهاد التشريعي**، فان الاصوليين - التفاتا منهم الى العدل والمصلحة - أتوا بنظريات في أصول الفقه، أو معايير تستند في اساسها الى روح الشريعة وقواعدها العامة، ومقاصدها الاساسية، واعتمدوها أصولا لاستنباط الاحكام، ذلك؛ لانهم ادركوا بثاقب نظرهم وما اوتوا من ملكة فقهية، ان الجري وراء ظواهر النصوص، او العمل بمقتضى القياس يؤدي - في بعض الوقائع - الى ما يناقض مقصد الشارع، **وهذا هو التعسف في التشريع**[1]، لان الحكم في الظاهر يستند الى ظاهر من نص، او إلى قاعدة عامة، ولكنه في الوقت نفسه يناقض روح الشريعة ومقاصدها، وسنأتي بأمثلة على ذلك.

والخلاصة: انهم في اعتمادهم على هذه الأصول التي لا نص فيها، كالاستحسان الذي سنده المصلحة او الضرورة عند الحنفية، ومبدأ الذرائع الذي توسع فيه المالكية، استوحوا روح الشريعة.

وجدير بالذكر ان الحكم الشرعي لا يكتفي فيه أن يكون موافقا لظواهر النصوص او لمقتضى القياس او القاعدة العامة، بل لابد ان يكون موافقا لمقصد الشرع، وهذا الاصل **يوجب** على المجتهد النظر في مآل العمل بالحكم، بحيث اذا افضى الى مفسدة راجحة منع العمل به، وكذلك اذا كان الحكم بالمنع يؤدي الى مثل تلك المفسدة أبيح، لأن مآلات الافعال، معتبرة مقصودة شرعاً بدليل اعتبار الشارع المسببات عند تشريع الاسباب لها[2]. **وكل هذا في الاحكام الظنية**.

وهكذا نرى الاصوليين قد أتوا بمؤيدات لمبدأ العدل - وهي بعينها مؤيدات لنظرية التعسف - لانها تقوم على مقتضيات العدالة، **كمبدأ الذرائع**، الذي يعتبر توثيقا لمبدأ المصلحة والعدل، **والاستحسان** الذي اخذ به الحنفية تحريا **للمصلحة**

---

(١) اقصد بالتشريع هنا الاجتهاد التشريعي الذي يقوم به المجتهدون والا فسلطة التشريع لله وحده « ان الحكم الا لله ».

(٢) الموافقات ج ٤ ص ١٩٨ وما بعدها.

والعدل ، ولو اقتضى ذلك استثناء بعض الوقائع من حكم نظائرها لمقتضى أقوى في الاعتبار[1] .

ويقول ابن رشد في هـــذا : « ومعنى الاستحسان في اكثر الاحوال هو **الالتفات الى المصلحة والعدل**[2] » .

ولا ريب ان الاتجاه الى المصلحة والعدل اتجاه الى روح الشريعة ، بل الى الغرض الاساسي الذي انزلت من اجله الشرائع[3] ، قال تعالى : « لقد ارسلنا رسلنا بالبينـات وانزلنا معهم الكتاب والميزان ليقوم النـاس بالقسط » الحديد / آية / ٢٥ .

ويقول السرخسي في تعريف الاستحسان: «الاستحسان ترك القياس والأخذ بما هو أوفق للناس » وقيل: « الاستحسان طلب السهولة في الاحكام فيما يبتلى فيه الخاص والعام ، وقيل الاخذ بالسعة وابتغاء الدعة، وقيل الاخذ بالسماحة وابتغاء مافيه الراحة، وحاصل هذه العبارات انه ترك العسر لليسر ، وهو اصل في الدين، قال الله تعالى : « يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر[4] » .

فالسرخسي يبين ان أصل مشروعية الاستحسان للتيسير ،ومنع **غلوّ القياس**.

ويقرب من هذا المعنى ما يقوله ابن رشد في الاستحسان :

« الاستحسان الذي يكثر استعماله ، حتى يكون اعم من القياس ، هو ان يكون **طوحاً للقياس** يؤدي **الى غلو** في الحكم ومبالغة فيه ،فعدل عنه في بعض المواضع لمعنى يؤثر في الحكم يختص به ذلك الموضع » .

---

(١) بداية المجتهد لابن رشد جـ ٢ ص ١٥٤ .

(٢) بداية المجتهد جـ ٢ ص ١٥٤ .

(٣) راجع كتاب « ابو حنيفة » للشيخ ابي زهرة حيث يقول « الاستحسان هو مايسمى في عرفنا الحاضر الاتجاه والى روح القانون ص ٥ ٣٤ السياسة الشرعية للشيخ عبد الرحمن تاج ص ١٢٩ .

(٤) المبسوط جـ ١٠ ص ١٤٥ .

فكانت نظرية الاستحسان كأصل من أصول التشريع يعتد بها في استخراج الاحكام مؤيداً لدرء التعسف في الاجتهاد ، فيما اذا كان اطراد القواعد والاقيسة يفضي الى مناقضة قصد الشرع .

يقول الإمام العز بن عبد السلام : وقد قدمنا نظائر كثيرة لما خالف القواعد والاقيسة ، لما فيه من جلب المصالح العامة [1] والخاصة ، وهما مقصود الشارع بلا ريب . »

الاستحسان عند الحنفية والمالكية :

والاستحسان اخذ به الاجتهاد المالكي ايضاً ،وتوسع فيه اكثر من الحنفية علاجاً لغلو [2] القياس ـ والغلو في بعض صوره تعسف ـ كما في انتفاع المالك بملكه على وجه يضره بجاره ضرراً فاحشاً بيناً ، فان مقتضى القياس ان « المالك مطلق التصرف فيما هو خالص حقه [3] » ولكن متأخري الحنفية عدلوا عن مقتضى القياس هذا الى الاستحسان الذي سنده المصلحة ، فقد جاء في الزيلعي : « والقياس

---

(١) القواعد للعز بن عبد السلام ج ٢ ص ١٦٨ .

(٢) بداية المجتهد ج ٢ ص ١٥٤ .

(٣) المبسوط للسرخسي ج ١٥ ص ٢١ . حيث يقول : اذا أصاب احدهما ـ احد الشريكين ـ ساحة في القسمة ، فأراد أن يبنى فيها أو يرفع بناء ،وأراد الآخر منعه وقال: انك تسد علي الريح والشمس ،فله ان يرفع بناء مابدا له ،لان الساحة ملكه ،والساحة حق خالص له ، وللانسان ان يتصرف في ملك نفسه مايبدو له ، وليس للجار أن يمنعه من ذلك ،وله أن يتخذ فيها حماماً أو تنوراً لانه يتصرف في خالص ملكه ..

« والحاصل ان من يتصرف في خالص ملكه لم يمنع منه في الحكم ،وان كان يؤدي الى الحاق الضرر بالغير ... » .

ولكن بالنظر الى مايفضي اليه العمل بمقتضى القياس من لزوم اضرار فاحشة بالغير عدل عنه الى الاستحسان ،ومنعوا المالك من التصرف بملكه على هذا النحو لما يُفضي اليه القياس من الغلو واعتساف المصلحة ، وظاهر أن سند الاستحسان هو مجرد المصلحة كما يقول الزيلعي ، راجع تبيين الحقائق ج ٤ ص ١٩٦ ..

انه يجوز للمالك ان يتصرف في ملكه كيف شاء، ولو تضرر من ذلك جاره ضرراً بيناً ، ولكن « **ترك ذلك استحسانا لاجل المصلحة** »[1] .

فالاستحسان اذن طريق لدرء التعسف في الاجتهاد الذي يفضي اليه طرد الاقيسة والقواعد[2] .

واذا كان توخي المجتهد المصلحة يدرأ التعسف في استعمال حق الاجتهاد، ولو عن طريق الاستثناء من مقتضى القواعد والاقيسة ، فتوخيها عن طريق المصلحة المرسلة أو سد الذريعة ، وهما اصلان يعتد بهما في استخراج الاحكام عند المالكية بخاصة ، أولى ، لأن فيهما اعتماد المصلحة دون استثناء من النصوص والقواعد .

ومثال حكم الاستحسان : استعمال الحق الذي يلزم عنه اضرار بيّنه بالغير ولو لم تكن مقصودة ، لا يعدو هذا الاستعمال ان يكون ذريعة إلى ذلك ، فتسد هذه الذريعة بمنع صاحب الحق من استعماله حقه على هذا النحو توثيقاً لمبدأ المصلحة ، لان الحقوق لم تشرع لتكون ذرائع لهذا الغرض ، **فالمناقضة** لقصد الشارع في هذا الاستعمال ظاهرة ، ولو كان الاستعمال في ظاهره يستند الى حق . ولا شك ان المصلحة هي من أظهر مقاصد الشرع ، فاستثنى هذا الحكم من القياس ، وهو أن الناس مسلطون على اموالهم ، وكذلك اهمال المصلحة المرسلة التي لم يشهد لها الشارع بالاعتبار او الالغاء يعتبر **اعتسافاً** .

وفي هذا يقول الإمام العز بن عبد السلام : ومن تتبع مقاصد الشرع في جلب المصالح ودرء المفاسد حصل له من مجموع ذلك اعتقاد او عرفان ، بأن هذه المصلحة **لايجوز اهمالها** ، وأن هذه المفسدة لايجوز قربانها ، وان لم يكن فيها **اجماع ولا نص ولا قياس خاص** ، فانّ فهم نفس الشرع يوجب ذلك[3] » .

---

(١) تبين الحقائق ج ٤ ص ١٩٦

(٢) وقد نسبوا الى ابي يوسف في غير ظاهر الرواية « ان الجيران اذا تأذوا من دخان الحمام فلهم منعه الا ان يكون دخان الحمام مثل دخانهم ، المرجع السابق » .

(٣) القواعد ج ٢ ص ٦٠ .

مبدأ العدل يقتضي النظر في مآلات الافعال :

على أن **مبدأ العدل** يقتضي النظر في **مآلات الافعال**، يقول الامام الشاطبي « حتى الممنوعات في الشرع اذا وقعت فلا يكون ايقاعها من المكلف سبباً في الحيف عليه بزائد على ماشرع له من الزواجر أو غيرها **كالغصب** مثلاً اذا وقع فان المغصوب منه **لابد ان يوفى حقه**، لكن على وجه لايؤدي الى **اضرار** الغاصب فوق ما يليق به في **العدل والانصاف**[1] » .

وهذا النظر متفرع عن أصل هام في الشريعة هو النظر في **مآلات الافعال** كأصل يؤيد نظرية التعسف في **التشريع**، **أي يلزم المجتهد اعتبار المآلات**، كما اعتبر الشارع مسببات الاسباب .

يقول الامام الشاطبي : « النظر في مآلات الافعال معتبر مقصود شرعاً ـ كانت الافعال موافقة ـ أي مأذونا بها[2] أو مخالفة ـ أي منهياً عنها ـ **وذلك ان المجتهد لا يحكم على فعل من الأفعال الصادرة عن المكلفين بالاقدام او بالاحجام** الا بعد نظره الى ما يؤول اليه ذلك الفعل، فقد يكون مشروعاً لمصلحة فيه تستجلب، أو لمفسدة تدرأ، ولكن **له مآل على خلاف ما قصد فيه**، **وقد يكون** غير مشروع لمفسدة تنشأ عنه أو مصلحة تندفع به، ولكن له مآل على خلاف ذلك، فاذا اطلق القول في الاول بالمشروعية، فربما أدى استجلاب المصلحة ـ أو درء المفسدة فيه ـ الى مفسدة تساوي المصلحة أو تزيد عليها، **فيكون هذا مانعاً من** اطلاق القول بالمشروعية، وكذلك اذا اطلق القول في الثاني بعدم المشروعية، ربما أدى استدفاع المفسدة الى مفسدة تساوي او تزيد، فلا يصح اطلاق القول

---

(١) الموافقات جـ ٢ ص ١٩٧ وما بعدها .

(٢) وهنا يتصور التعسف في الفعل المأذون فيه في الاصل اذا ادى الى مفسدة راجحة مآلا .

بعدم المشروعية، وهو مجال للمجتهد صعب[1]. ثم بنى الامام الشاطبي على هذا الاصل قواعد منها :

أولاً – قاعدة سد الذرائع التي حكمها مالك في أكثر أبواب الفقه، **لأن حقيقتها التوسل بما هو مصلحة الى مفسدة**، ثم ضرب لذلك مثلاً بيع العينة توصلاً الى تحقيق الربا .

ثانياً – قاعدة الحيل :[2]

ثالثاً – قاعدة الاستحسان :

وقد تقدم القول فيها، وبيان وجه اتصالها بمبدأ العدل، الذي يعتبر مؤيداً لنظرية التعسف .

أصل النظر في مآلات الأفعال وصلته بمبدأ العدل :

الواقع أن الأصوليين والفقهاء قد اعتمدوا أصل النظر في مآلات الأفعال ونتائجها، فاذا كان الفعل – مأموراً به أو مأذوناً فيه[3] – يستلزم مفسدة

---

(١) راجع الادلة التي استند اليها الامام الشاطبي في تقرير هذا الاصل العظيم الذي يجعل الشريعة الاسلامية ذات قوة على مواجهة كل تطور، الموافقات ج ٤ ص ١٩٧ .

(٢) فان حقيقتها تقديم عمل ظاهر الجواز؛ لابطال حكم شرعي، وتحويله في الظاهر الى حكم آخر، فمآل العمل فيها خرم قواعد الشريعة في الواقع. كابطال الزكاة وهدمها بالكلية عن طريق الهبة، اي كالواهب ماله قرب نهاية الحول هبة صورية فرارا من الزكاة، فان اصل الهبة على الجواز، ولو منع الزكاة من غير هبة لكان ممنوعاً، فان كل واحد منها ظاهر امره في المصلحة او المفسدة، فاذا جمع بينهما على هذا القصد صار مآل الهبة المنع من اداء الزكاة، وهو مفسدة، ولكن هذا بشرط القصد الى ابطال الاحكام الشرعية .

الموافقات ج ٢ ص ٢٠١ .

(٣) الفعل المأذون فيه هنا اعم من ان يكون مباحا او مندوبا اليه .

مساوية للمصلحة التي من أجلها شرع الفعل ، أو راجحة على تلك المصلحة ، فهل يبقى الفعل مع هذا المآل مشروعاً .

حكم الفعل الذي له مآلان متعارضان :

فالفعل كما نرى له مآلان متعارضان :

المآل الاول : هو المصلحة التي شرع من أجلها الفعل فكان مأموراً به أو مأذوناً فيه لذلك .

المآل الثاني : هو المفسدة التي تلزم عن ذلك الفعل في العادة ، وهي مساوية لتلك المصلحة أو راجحة عليها ، فهل يبقى الفعل على أصل المشروعية بقطع النظر عن هذا المآل ، أو يصبح غير مشروع بالنظر الى هذه المفسدة اللازمة عنه عادة .

ذهب الأصوليون بالاجماع الى أن هذا الفعل يصبح غير مشروع بالنظر الى هذا المآل .

جاء في مسلم الثبوت في هذه المسألة ما نصه : « هل تنخرم مناسبة الوصف للحكم بمفسدة تلزم ذلك الوصف ، راجحة أو مساوية إياها ؟ قيل لا تنخرم ، واختاره الرازي صاحب المحصول من الشافعية ، وهو المختار ، وقيل نعم تنخرم ، واختاره ابن الحاجب [1] » .

« **لنا** : استحالة الانقلاب من كونه مناسباً الى ما ليس مناسباً ، وعدم التضاد بين افضائه الى مصلحة ، وإفضائه الى مفسدة ، لتعدد الجهة في المفروض. فلا استحالة في الاجتماع [2] » .

ثم تعرض بعد ذلك للخلاف ومناقشة الأدلة فيقول : « واعلم ان الكلام هنا في مقامين :

---

(١) مسلم الثبوت جـ ٢ ص ٢٦٤ الطبعة الاولى ببولاق سنة ١٣٢٢ هـ .

(٢) المرجع السابق .

الاول : أن المفسدة تبطل المناسبة وتعدمها، وبه قال قائلوا الانخرام، وهذا ضروري البطلان، إذ المفروض كونه مناسباً مشتملاً على مصلحة، ومع هذا مشتمل على مفسدة ، **والواقع لا يبطل** .

والثاني : أن المفسدة توجب عدم اعتبار الشارع المناسبة معها ، وهو مختار صاحب المحصول وجمهور الشافعية ــ واستدلوا : بأن اعتبار مصلحة مع لزوم مفسدة أبعد من الحكيم كل البعد ، وما ذكره المصنف لا يبطل هـذا ، بل الوافي به ، أن مقتضى حكمة الحكيم أن لا يبدل ما هو الواقع ، والواقع هنا ، مصلحة ومفسدة ، فللحكيم أن يوفي حقها ، **اذ المانع الذي يتخيل هو التضاد** ، وهو غير مانع ، لاختلاف الجهة ، ومن ههنا ، **أي من** أجل جواز اجتماعها من جهتين، صح النذر بصوم يوم العيد عند الحنفية ، فانه من جهة كونه صوماً منسوباً لله تعالى ، كاسراً للشهوة فيه ، مصلحة ، فأثر فيه النذر ، فوجب به ، **ومن جهة** كونه اعراضاً عن ضيافة الله **تعالى فيه مفسدة** ، **وهو حرام** وقد مر .

وأما عدم اعتبار المصلحة المرجوحة من المفسدة اللازمة للوصف بالاتفاق فلشدة الاهتمام برعاية المصالح دونها ، أو ليس من شأن الحكيم اهدار خير كثير لشر قليل .

واستدل على المختـــار بأن مصلحة الصلاة في الارض المغصوبة ليست راجحة على مفسدتها **والا أجمع على الحل**، واذا لم تكن المصلحة راجحة، فاما مرجوحة أو مساوية ، وقد اعتبرت، حتى جازت تلك الصلاة ، والجواب : ليس المفسدة لازمة لها ، بل ههنا وصفان **الصلاة والغصب** ، والاول فيه مصلحة لا غير ، والثاني فيه مفسدة لا غير ، **واجتماعها اتفاقي أي لزوماً عادياً لا عقلياً** ، فليست من الباب وأيضاً يجوز رجحان المصلحة ولا يلزم منه الاجماع على الحل ، بل يجوز عدم انكشاف المصلحة ، **ولا مصلحة مع معارضة مفسدة مثلها أو راجحة ضرورة** فلزم الانخرام. أقول بطلان الحقيقة ، أي حقيقة المصلحة ممنوع ، كيف وقد فرض

تحققها ، وبطلان اعتبار الشارع إياها أيضاً ممنوع،بل يجوز اعتبار الشارع الجهتين كما مر ، ولو سلم بطلان الاعتبار لايدل على انتفاء المقتضى ،حتى لا يبقى المناسب مناسباً،بل يجوز **ان يكون هو مناسباً،وتخلف الاعتبار لمانع المفسدة**[1]».

هذا النص الذي اثبتناه يتضمن **خطة تشريعية يتعين** على المجتهد التزامها ، لأنها تتضمن معيارين هامين في التشريع الاجتهادي ، وهما بجمع غليها :

الأول: إن الوصف المناسب للحكم أي العلة أو المصلحة،اذا كان شرع الحكم عندهـا يوجب مفسدة نادرة أو مرجوحة لا تبطل مناسبة الوصف بلزوم هذه المفسدة ، ومن ثم يصح التعليل بها ، **لأنه لا عبرة بالمرجوح مع وجود الراجح**.

الثاني : إن الوصف المناسب للحكم (المصلحة أو العلة) إذا كان شرع الحكم عندهـا يوجب مفسدة مساوية للمصلحة أو راجحة ، فان الحكم لا يشرع ، لأن المفسدة اذا كانت مساوية للمصلحة، فلا يصح أن يبقى الوصف مناسباً ،وإلا لزم ترجيح أحد المتساويين بلا مرجح ، أو يقدم درءاً لمفسدة لأن اهتمام الشارع بالمنهيات أكثر من اهتمامه بالمأمورات ، وأصبح من المقررات الشرعية ان « درء المفاسد مقدم على جلب المصالح » ودليل ذلك قول النبي ﷺ : « اذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم،واذا نهيتكم عن شيء فاجتنبوه[2] » حيث علق امتثال الأمر بالاستطاعة ، وسد باب النهي كله فلم يجزه أبداً إلا عند الضرورة .

وأما اذا كانت المفسدة راجحة ، فان المقرر **عقلا وشرعاً** أنه لا عبرة للمرجوح مع وجود الراجح ، وعلى هـذا فلا يشرع الحكم عند وجود المفسدة الراجحة .

---

(١) المرجع السابق ، وراجع نهاية السول ج ٤ ص ١٠٣ وما بعدها ، الإحكام في اصول الأحكام ج ٣ ص ٣٩٦ ، ارشاد الفحول للشوكاني ص ٢١٨ ، العضد على ابن الحاجب ج ٢ ص ٣٤٠ .

(٢) راجع الاشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٢٠ وما بعدها : « درء المفاسد مقدم على جلب المصالح فاذا تعارضت مفسدة ومصلحة قدم دفع المفسدة غالباً » ، وقد اخذت مجلة الاحكام العدلية القاعدة فنصت عليها في المادة/٣٠ منها .

وهذه القضية قدر متفق عليه بين الاصوليين والفقهاء، ومؤداها أن تشريع الحكم - بالاذن أو المنع - منوط بغلبة المصلحة على المفسدة أو العكس، وذلك لأنه ثبت بالاستقراء، **أنه لا توجد مصلحة لا تشتمل على مفسدة**، كما لا توجد **مفسدة لا تنطوي على مصلحة** « ونبلوكم بالخير والشر فتنة ».

يقول الامام الشاطبي[1]: « ليس في الدنيا **محض مصلحة، ولا محض مفسدة، والمقصود للشارع ما غلب منها** ».

ولعل آية تحريم الخمر تعتبر أصلًا في هذا الباب « ويسألونك عن الخمر والميسر، قل فيهما إثم كبير ومنافع للناس، وإثمهما أكبر من نفعهما» فالتحريم وإن لم يكن بلفظ صريح، إلا أن الخبير بسر التشريع يدرك ذلك بغلبة الإثم - المفسدة - على النفع.

ومن تتبع ضوابط المشروعات في الشريعة الاسلامية وجد أن الحكم بالاذن في الافعال يدور مع غلبة المصلحة على ماتشتمل عليه من مفسدة، كالشهادة مثلا، إذ اعتبرها الشارع من البينات على ثبوت الحق - في حين أنها تحتمل الوهم والغلط والكذب نادراً، غير أن الغالب هو الصدق، فأدير الحكم عليه، ولم تعتبر الندرة.

وفي هذا يقول الامام الشاطبي في صدد استعمال الحق اذا كان أداؤه الى المفسدة نادراً - « فهو على أصله من الاذن، لأن المصلحة اذا كانت غالبة، فلا اعتبار بالندور في انخرامها - إذ لا توجد في العادة **مصلحة عرية عن المفسدة جملة، ولم يعتبر ندور المفسدة**، إجراء للشرعيات مجرى العاديات في الوجود[2] ».

ثم يأتي بالدليل على ذلك فيقول « والدليل على ذلك ان **ضوابط المشروعات** هكذا وجدناها، كالقضاء بالشهادة في الدماء والأموال والفروج، مع امكان الكذب والوهم والغلط، واباحة الفطر في المسافة المحدودة، مع امكان عدم

---

(١) الموافقات جـ ٢ ص ٢٧.
(٢) المرجع السابق.

المشقة ، كالملك المترف ، ومنعه في الحضر بالنسبة الى ذوي الصنائع الشاقة ، وكذلك اعمال خبر الواحد والاقيسة الجزئية في التكاليف ، مع إمكان إخلافها والخطأ فيها من وجوه، ولكن ذلك نادر ، فلم يعتبر ،واعتبرت المصلحة الغالبة [1] » .

وبهذا يصبح اصلا مقرراً في الدين ثابتاً بالاستقراء ، ان الضابط في المشروعات او الممنوعات هو **الموازنة**،والعبرة بما غلب حسب الاحوال، سواء أكانت المصلحة في ذاتها تشتمل على مفسدة او العكس ،.ام كانت المصلحة قد شرع الحكم لها ، ولكنها تستلزم مفسدة مجاورة مساوية او راجحة ، فالضابط الموازنة في الشرع كما قلنا .

واذا كان هذا القدر متفقاً عليه بين الاصوليين والفقهاء فما مدار الخلاف اذن وما تمزته ؟

مدار الخلاف على بطلان مناسبة الوصف للحكم :

فهل اعتبار المصلحة المرجوحة لاقيمة لها ، وكأنها غير موجودة يعدمها في ذاتها ، وبذلك تبطل مناسبة الوصف للحكم لعدم اشتماله على مصلحة ، أو أن عدم اعتبار المصلحة لمرجوحتيها لايعدم حقيقتها ، وبالتالي لايبطل مناسبتها للحكم .

قال بالأول ابن الحاجب ، ووجهة في ذلك ان ترجح المفسدة على المصلحة **يجعل المصلحة لاقيمة لها،فكأنها غير موجودة**،وبذلك لايكون الوصف مناسباً لعدم اشتماله على المصلحة ، وكذلك اذا كانت المفسدة مساوية ، فلا يصح ان يكون الوصف مناسبا ،والا لزم ترجيح احد المتساوين على الآخر بدون مرجح ، وهو باطل .

---

(١) الموافقات جـ ٤ ص ٣٥٨ و ٣٥٩ .

وذهب الى الثاني الامام الرازي وجماعة منهم البيضاوي :

ووجهتم في ذلك : ان المفسدة لاتبطل المناسبة ، سواء كانت مساوية أو راجحة ، والوصف يسمى مناسبا . ولكن الحكم لايشرع عند الوصف المذكور .

ووجهتم في ذلك : ان النفع وان كان قليلا يسمى نفعا ، لوجود الحقيقة فيه ، فالمفسدة وان كانت راجحة لاتجعل النفع ضررا ، لان قلب الحقائق لايكون بالاعتبار ، وانما يكون بذهاب الحقيقة بذهاب اجزائها كلها - ومادام النفع باقيا - فالحقيقة لاتزال موجودة ، وعلى ذلك فالوصف المشتمل على المناسبة وان كانت مرجوحة يسمى مناسبا ولا تبطل المناسبة بذلك[1] .

والحقيقة ان هذا الخلاف لاثمرة له ، لان الاصوليين جميعاً **متفقون على ان الحكم لايشرع عند وجود المفسدة الراجحة او المساوية فهو خلاف لفظي .**

ومع هذا ، فأرجح بقاء مناسبة الوصف للحكم ، بدليل أن المفسدة اذا اصبحت مرجوحة بتغير الظروف والأحوال ، عادت شرعية الحكم ، وذلك دليل على بقاء مناسبة الوصف ، غاية ما في الأمر أن مرجوحتيه في بعض الظروف يجعله غير معتبر ، ولكن عدم الاعتبار لايبدل الحقيقة ، فلا سبيل الى انكارها .

وبهذا الرأي اخذ رجال القانون الجنائي : يقول الدكتور محمود نجيب حسني : « ويتخذ عدم اعتراف القانون بالمصلحة صورة ترجيح مصلحة أخرى عليها أي انكار المصلحة المرجوحة في الحدود التي يقتضيها استعمال المصلحة الراجحة ، فاذا جاوزنا هذه الحدود عادت للمصلحة المرجوحة قيمتها القانونية ، وساغ ان

---

(١) راجع مذكرة اصول الفقه ج ٤ ص ١٠٠ المقررة على طلاب كلية الشريعة بجامعة الازهر - للاستاذ الشيخ محمد ابي النور زهير .

يقوم بها الحق في مدلوله القانوني ، ويتضح بذلك ، أن القانون لايهدر مصلحة في ذاتها،ولو قدر انها تافهة ، **فالأصل هو اعتراف القانون وحمايته لجميع المصالح طالما كانت مشروعة**،ولكن المصالح قدتتعارض فيما بينها بحيث لايكون متصورا الابقاء على بعضها الا باهدار البعض الآخر ، وعندئذ يتدخل القانون للتنسيق بين المصالح المتعارضة،فيحدد ماهو جدير منها بالترجيح،وبين الحدود التي يتعين فيها هذا الترجيح ، وعلى هذا النحو ، فان عدم اعتراف القانون بالمصلحة يتخذ **صورة جزئية مؤقتة** ، لانه ينحصر في الحدود التي ترجح عليها فيها مصلحة اخرى [1] » .

وهكذا يشرح فقهاء القانون وجهة نظر الفقه القانوني في المصالح المرجوحة، وانها مادام معترفا بها في الاصل ، تبقى في حقيقتها مصلحة ، ولو تعارضت مع مصلحة أرجح منها ، بحيث اصبح يفضي الاخذ بالمصلحة المرجوحة الى مفسدة راجحة .

مثال ذلك : في الفقه الاسلامي : **تلقى السلع** ، فانه في الاصل جائز ، اذ يتعلق به للفرد مصلحة في جلب الرزق لنفسه وعياله ، وتبلغ هذه المصلحة مرتبة الحاجيات،ولكنها تهدر في حالة لزوم مفسدة تلحق بأهل البلد ، وهي دون شك راجحة،فيمنع المتلقي،الا ان المصلحة المهدرة هنا تبقى في ذاتها مصلحة،ويشرع الحكم عندها ، اذا تغير الظرف ، فأضحى تلقي السلع لايضر بأهل البلد لكثرتها، ولعدم اشتداد حاجتهم اليها ، لأن الحكم معلل بالضرر .

– ومثال ذلك ايضا: ان استعمال حق الملكية مقيد بمنع الاضرار بالغير عند الجمهور،ولكن بعض الفقهاء رأى ان من صور التقييد مايفضي الى مفسدة عامة راجحة لاحقة بالملاك **بسبب اختلاف الزمن**،فقد خالف الامام مالك قضاء عمر رضي الله عنه باجبار المالك على السماح باجراء الماء في أرضه لمصلحة الجار،ومنع ذلك

---

(١) اسباب الاباحة للدكتور محمود نجيب حسني ص ٦٣ .

بالنظر الى مايؤول اليه الاذن من مفسدة ادعاء المرتفق ملكية رقبة الأرض .

ومما لاشك فيه أن الاذن بالارتفاق بأرض الغير مصلحة تعود على المرتفق، ولا ضرر فيها على مالك الأرض المرتفق بها ، ولكنها أهدرت هنا بالنظر للوازم الخارجية للفعل ، لفساد الزمن ، وليس من العدل ان يقيد حق المالك بحيث يفضي الى سلب ملكية ارضه بادعاء باطل، حتى اذا تغير الزمن ونظمت حقوق الارتفاق، وضبطت الشئون العقارية في سجلات ، مما يحول دون الادعاء الباطل بملكية عقار الغير المرتفق به ، عاد الاذن لما يشتمل عليه من مصلحة ، وصلة هذا بمبدأ العدل والمصلحة واضحة .

وبناء على هذا، فان عدم اعتبار مصلحة مرجوحة لايعدم ذاتها، بل تبقى في نظر الشرع مصلحة ،ولا يبطل مناسبتها للحكم،ولكن لمرجوحيتها لايشرع الحكم عندها ، وهذا هو الرأي الذي أخذ به الامام الرازي وجماعة منهم البيضاوي وبه اخذ الفقه القانوني كما قدمنا .

— ومثال ذلك ايضاً الاحتكار ، فان مصلحة المالك في التصرف بملكه على الوجه الذي يريد ظاهرة ، ولكن اذا استعمله على وجه يضر بالعامة ، كأن يحتكر السلع التي تشتد حاجة الناس اليها تربصاً بالغلاء ، يعتبر اساءة وتعسفاً ، فالفعل هنا — وهو التصرف في حق الملكية — مأذون فيه في الاصل بالنظر لما ينطوي عليه من مصلحة للمالك، غير أنه اذا لزم عنه مفسدة راجحة اهدرت تلك المصلحة بالقدر الذي يدفع الضرر عن الناس ، فيمنع من الاحتكار ، ويجبر على البيع بثمن المثل ، تحقيقاً للعدل ، ورعاية للحقين ما أمكن ، حتى اذا تغيرت الظروف ، وزال ما كان بالناس من حاجة الى السلع التي يحتكرها لم يجبر على بيعها ، اذ لا ضرر — في هذه الحالة — يلزم عن الاحتكار .

— ومثال ذلك أيضاً : **خروج النساء الى المساجد** :

« روى مالك عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أن الرسول ﷺ قال : « لاتمنعوا إماءَ الله مساجد الله » .

وروي عن بسر بن سعيد أن الرسول قال : « اذا شهدت إحداكن صلاة العشاء فلا تمسنّ طيباً » .

ثم يروي الامام مالك بعد ذلك عن يحيى بن سعيد ، عن عمرة بنت عبد الرحمن عن السيدة عائشة زوج النبي ﷺ انها قالت : « لو أدرك رسول الله ﷺ ما أحدث النساء[1] ، لمنعهن المساجد كما منعه نساء بني اسرائيل ، قال يحيى بن سعيد : فقلت لعمرة : أو منع بني اسرائيل المساجد ؟ قالت : نعم » .

– ويقول الامام الغزالي « وكان قد أذن رسول الله ﷺ للنساء في حضور المسجد ، والصواب الآن المنع إلا العجائز[2] » .

– وفي سنن[3] أبي داود عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال : « لا تمنعوا اماء الله مساجد الله ، ولكن ليخرجن وهن تفلات » **اي غير متطيبات** .

– عن ابن عمر رضي الله عنهما ، أن رسول الله ﷺ قال : « لا تمنعوا نساءكم المساجد ، وبيوتهن خير لهن[4] » .

والمفهوم من هذه الروايات أمران :

الاول : الاذن للنساء في الخروج الى المساجد شريطة ألا يكن متطيبات أو متبرجات .

---

(١) الباجي على الموطأ ج ١ ص ١٥٧ ، وراجع الموطأ ج ١ ص ١٥٦ و ١٥٧ يلاحظ ان تغير الزمن عبرت عنه السيدة عائشة رضي الله عنها باحداث النساء اشياء لم تكن على عهد رسول الله . وهذا يقتضى ان يتغير الحكم تبعاً لما احدثن ، ومفهوم أن ذلك مفسدة راجحة تربو على مصلحة تحصيل ثواب الصلاة في المسجد ، فيشرع الحكم بالمنع درء للمفسدة اللازمة والراجحة .

(٢) الاحياء ج ٢ ص ٤٨ .

(٣) سننن ابي داود ج ١ ص ٢٢١ و ٢٢٢ .

(٤) المرجع السابق .

والثاني : رأي السيدة عائشة رضي الله عنها أن الأفضل منع النساء من الاختلاف الى المساجد ، مع أن الروايات عن الرسول ﷺ صريحة في الاذن ، إلا أن الزمن تغير ، ولزم عن ذلك الفعل مفسدة رأتها السيدة عائشة أرجح من مصلحة خروجهن ، وتلك المصلحة دينية أخروية ، فرأت المنع بالنظر الى هذا المآل ، وترك ظاهر النص لأجله .

- ومثال أيضاً اجازة التسعير :

روى أبو هريرة أن رجلاً جاء فقال ، يا رسول الله سعّر ! فقال : « بل ادعوا » ثم جاءه رجل فقال : « يا رسول الله سعر ! فقال : « بل الله يخفض ويرفع ، وأني لأرجو أن ألقى الله وليس لأحد عندي مظلمة » .

– وحدث أنس بن مالك ان الناس قالوا : يا رسول الله ، غلا السعر فسعّر لنا ، فقال رسول الله ﷺ : « إن الله هو المسعّر القابض الباسط الرازق ، وأني لأرجو أن ألقى الله وليس أحد منكم يطالبني بمظلمة في دم أو مال » .

– وروى البيهقي[1] أثراً عن عمر رضي الله عنه ، جاء فيه أنه كان قد أمر بائع زبيب أن يرفع سعره ، أو يدخله بيته فيبيعه كيف شاء ، ثم رجع اليه وقال له : « إن الذي قلت ليس بعزمة مني ولا قضاء ، إنما هو شيء أردت به الخير لأهل البلد ، فحيث شئت فبع ، وكيف شئت فبع[2] » .

وهذه الروايات تؤيد مقتضى القياس ، وهو أن الأصل حرية التصرف في الملك ، كما أن الأصل في المعاوضات هو **الرضى** ، « إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم[3] » .

---

(١) السنن الكبرى للبيهقي ج ٦ ص ٢٩ .
(٢) راجع سنن ابي داود ج ٣ ص ٣٧ ، سبل السلام ج ٣ ص ٢٥ .
(٣) سورة النساء ٤ آية ٢٩ .

ولعل حكم رسول الله ﷺ كان في واقعة خاصة، فلا تعم، وإلا فان ولي الأمر مأمور برعاية مصالح المسلمين جميعاً ، وهو أصل مقرر في الدين كما قدمنا ، ولا شك أن رعاية مصلحة الجماعة أولى من رعاية مصلحة الفرد ، لأن المصلحة العامة مقدمة[1] .

على أن في التسعير رعاية الحقين ، دفع الضرر عن الناس بمنع تعدي التجار في الأسعار تعدياً فاحشاً ـ ورعاية حق الفرد، وهو إعطاؤه ثمن المثل ،وبذلك يدفع تحكم التجار ، تحقيقاً **للعدالة ورعاية للمصلحة العامة** .

وفي هذا يقول ابو الوليد الباجي « ووجهه — وجه جواز التسعير الذي رواه أشعب عن مالك ـ ما يجب **من النظر في المصالح العامة** ، والمنع من **اغلاء السعر عليهم والافساد عليهم** ، **وليس يجبر الناس على البيع** ، وإنما يمنعون بغير السعر الذي يحدده الامام على حسب ما يرى من المصلحة فيه **للبائع والمبتاع** لا يمنع البائع ربحاً ،ولا يسوّغ له منه ما يضرّ الناس[2] ـ » .

ولا شك أن دفع **التحكم عدل ومصلحة** ، وهي أظهر اذا كانت عامة، فاذا كان لا يتحقق ذلك إلا بالتسعير ، صير اليه ، لأن إقامة العدل واجبه ، وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب،وبذلك ترك العمل بظاهر الحديث مع أنه صريح لا لبس فيه، لأنه معلل على رأي طائفة من التابعين، كسعيد بن المسيب ـ وربيعة ابن عبد الرحمن ، ويحيى بن سعيد الأنصاري ـ الذين أفتوا بالجواز ، والى هذا ذهب أبو الوليد الباجي كما رأينا، وليس لهم من مستند إلا المصلحة ودفع الضرر عن الناس[3] .

وعلى هذا،فكل فعل اذا كان مأذوناً فيه في الأصل يلزم عن استعماله مفسدة

---

(١) الموافقات ج ٢ ص ٣٥٧ وما بعدها .

(٢) المنتقي ج ٥ ص ١٨ ، تعليل الاحكام للشيخ مصطفى شلبي ص ٧٨ .

(٣) قد أفردنا لكل من الاحتكار والتسعير بحثاً خاصاً مستفيضاً في كتابنا « الفقه المقارن » وهو تحت الطبع .

مساوية او راجحة منع : سواء أكان الفعل يخوله حق أم إباحة، وسواء أكانت المفسدة لاحقة بالفرد ، كما في استعمال حق الملكية اذا أضر بجاره ضرراً فاحشاً أم لاحقة بذي الحق نفسه ، كما في تصرف السفيه ، ومن باب أولى اذا كانت لاحقة بالمصلحة العـــامة . وإنما تتحرى المصلحة ويدار الحكم على أساسها تجنباً لمناقضة مقصد الشارع ، أو تفادياً للتعسف في الاجتهاد .

أما في حق الملكية، فان المالك لا يمنع من استعماله لحقه اذا كانت المفسدة اللازمة عنه واللاحقة بالغير مساوية،لأن صاحب الحق يترجح بالاذن له في استعمال حقه شرعا ، إذ الأصل عدم وجوب تحمل أحد الضرر لدفعه عن غيره ، فالضرر لا يزال بمثله ـ أما إذا رجحت المفسدة اللاحقة بالغير منع، لأن المرجوح لا يعتبر كما أن ـ هذا الأصل يطبق في غير حالة الضرورة،فالمضطر يرخص له في تناول المحرم الصرف فما بالك بالمحرم المجاور؟ هذا ، والمصلحة المرجوحة في ظرف معين لا تبطل مناسبتها للحكم على الرغم من عدم اعتبارها كما بينا آنفاً .

النظر في مآلات الأفعال مجردة هو الأصل الذي ينادي به اليوم فقهاء القانون المدني والدولي

قدمنا أن أصل النظر في مآلات الأفعال يعتبر نتائج الأفعال وثمراتها في ذاتها،دون نظر الى العوامل النفسية او البواعث،وبحسب تلك النتائج والثمرات يحل الفعل أو يحرم ، ويؤذن فيه أو يمنع ، وهذه نظرة مادية واقعية تؤيد أصل المصلحة ، من جلب منفعة أو درء مفسدة ، ويعتمد ضابط الموازنة ،وهو الأصل الذي أصبح يؤيده اليوم فقهاء القانون الدولي لتقييد حق الدولة في استعمال الاسلحة الذرية ،بالنظر الى ما ينجم عن ذلك من تلويث أجواء الدول المجاورة، بانتشار الغبار الذري،مما له أثر بالغ على حياة الانسان والحيوان والنبات،

وتكون مسؤولية الدولة **مطلقة** غير مبنية على عنصر الخطأ، بل على مجرد واقعة الضرر الذي يؤول اليه استعمال هذه الأسلحة الخطرة،وهذا هو ماقررته الشريعة الاسلامية ـ منذ زمن بعيد ـ في هذا الأصل الذي نحن بصدد البحث فيه ؛ **لأنه** مما يقتضيه العدل والمصلحة .

أ ـ ففي القانون المدني :

اتجه الفقه في الدول المختلفة الى تقرير مبدأ جديد هو مبدأ المسؤولية **بدون خطأ** ، أو المسؤولية **المطلقة** ، فقرر العالم الفرنسي Labbé ان الاساس الذي يجب أن تقوم عليه المسؤولية **ليس هو الخطأ** بل هو : أن من ينشىء بفعله في المجتمع مخاطر مستحدثة يتعين عليه تحمل تبعتها .

وذكر الفقيه الفرنسي Saleilles ان فكرة تحمل التبعة **ضرورية لتحقيق العدالة** ، وأن أساس المسؤولية **هو مجرد التسبب** في إحداث الضرر **بصرف النظر عن الخطأ** .

وذكر الفقيه الانكليزي ـ Pollock أن من مبادىء القانون المقبولة في النظام الانجلوـ امريكي،وجوب عدم احداث ضرر بالغير دون أن يكون لذلك مبرر شرعي أو عذر،وانه من الضروري قبول فكرة **المسؤولية المطلقة** باعتبارها أمراً تتطلبه ظروف الحياة في المجتمعات الصناعية [1] .

ب ـ وفي القانون الدولي :

يقول الدكتور محمد حافظ غانم :

« يذهب الاتجاه لدى الباحثين في القواعد التي تحكم المسؤولية عن استعمال الفضاء الخارجي ، وعن اطلاق الصواريخ الى وجوب تطبيق مبدأ **المسؤولية**

---

(١) المسئولية الدولية للدكتور محمد حافظ غانم ص ٩٦ وما بعدها .

المطلقة عن الاضرار التي تنجم عن استعمال الفضاء الخارجي أو إطلاق الصواريخ، وذلك بالنظر الى الطبيعة الخاصة للنشاط الذي يتم في الفضاء الخارجي، ولاتسامه بطابع الخطورة الشديدة[1].

وهذا نظر مادي واقعي خالص، يعتبر مآلات الافعال دون نظر الى العوامل النفسية **كالخطأ** عند فقهاء القانون، **أو التعدي عند فقهاء** الاسلام، وهذا النظر هو الذي جعله الامام الشاطبي اصلا في التشريع الاجتهادي، وأوجب بناء الاحكام عليه، بقطع النظر عن التكييف الاصلي للفعل، وانه يلزم المجتهد اعتباره جرياً على سنن الشارع في اعتبار مسببات الاسباب.

وعلى هذا، فان المسئولية عن الاضرار هنا تنشأ **بمجرد التسبب**، ولو بفعل مباح في الاصل **ودون تعد**، وذلك للمصلحة، والمصلحة هنا هي درء المفسدة الناجمة عن استعمال السلاح الذري والاضرار الخطيرة التي تترتب عليه في الكائنات الحية وغيرها.

ولا يسعنا الا ان ننوه بما كان لفقهاء الاسلام من فضل السبق في تقرير **هذه المسئولية المطلقة**[2]، ومن ذلك استعمال حق الملكية اذا ترتب عليه ضرر بيّن بالجار، حيث نظر الى مجرد[3] التسبب، اذ قد يكون استعمال المالك معتاداً، وله غرض صحيح، ولم يقصد الاضرار بغيره، **ومع ذلك يسأل لمجرد التسبب**، وهذه المسئولية يقررها فقهاء الحنفية استحسانا لاجل المصلحة، كما ذكر الامام الزيلعي من الحنفية[3].

هذا فيما يتعلق بالضرر اللاحق بمصلحة خاصة.

اما الضرر العام فان المسئولية تثور بمجرد التسبب ايضاً بفعل مأذون فيه في

---

(1) المسئولية الدولية للدكتور محمد حافظ غانم ص ٩٦ و ٩٧.

(2) جامع العلوم والحكم ص ٢٦٧ وما بعدها.

(3) المرجع السابق تبيين الحقائق ج ٤ ص ١٩٦.

الاصل، ولو لم يكن الباعث عليه غير مشروع، من نية الاضرار مثلاً، من باب اولى[1].

وهذه المسئولية تقوم على اصل مقرر في الشريعة هو مبدأ اعتبار مآلات الافعال التي من فروعها « مبدأ سد الذرائع » و « الاستحسان » كما قدمنا.

كما يقوم على **قواعد تشريعية محكمة** من مثل « يختار اهون الشرين[2] » « والضرر الاشد يزال بالضرر الاخف[3] » و« اذا تعارض مفسدتان يراعى اعظمها ضرراً بارتكاب اخفهما[4] » و « يتحمل الضرر الخاص لدفع ضرر عام[5] » و « درء المفاسد اولى من جلب المنافع[6] ».

فكل هذه القواعد تحكم اللوازم الخارجية الواقعية للافعال دون نظر الى العوامل النفسية من القصد والباعث والاهمال والتقصير، وهذا مما يؤكد ان نظرية التعسف أوسع وأشمل في الفقه الاسلامي من نظرية التعدي فيه، لأن معيار التعدي لا ينطبق على معيار التعسف، ذلك لان الاول يعتمد فعلاً غير مشروع في الاصل، اي خارجاً عن نطاق الحق، بينما يقوم التعسف على فعل ظاهر الجواز.

هذا، ولو أخذ بمعيار التعدي في مفهومه عند المتأخرين، من نية الاضرار، او الاهمال والتقصير وترك الحيطة، لما اغنى عن معايير التعسف، ولظل قاصراً عن استيعاب جميع حالاته، ذلك لانها تعتبر بعض الافعال تعسفية ولو لم يتحقق فيها معيار التعدي، وهذا مايسمى اليوم **بالمسئولية المطلقة**، أي غير المشروطة بالخطأ في القانون المدني، او التعدي في الفقه الاسلامي.

---

(١) راجع الموافقات ج ٢ ص ٣٤٨ وما بعدها، في الفعل المأذون فيه اذا لم يقصد صاحب الاضرار، ومع ذلك يترتب عليه ضرر عام فانه يمنع.

(٢) مجلة الاحكام العدلية مادة ٢٩.

(٣) المرجع السابق مادة ٢٧.

(٤) المرجع السابق المادة ٢٨.

(٥) المرجع السابق المادة ٢٦.

(٦) المرجع السابق المادة ٣٠.

فقهاء الاسلام يقررون المسئولية المطلقة :

والواقع ان المجتهدين من فقهاء الاسلام كان رائدهم في استنباط الاحكام **المصلحة والعدل** ، ومن ثم لا تجد في آثارهم عناية منصبة على صياغة النظريات ، بقدر ما هي منصبة على النزول على مقتضيات العدالة في الحلول الجزئية ، ولو أدى بهم ذلك الى الخروج عن القواعد والاقيسة[1] .

فابن رشد يقرر ان الضمان عند الفقهاء على وجهين :

الاول – بالتعدي وهذا ظاهر .

الثاني – لمكان المصلحة وحفظ الاموال ، أي لحفظ مقاصد الشرع .

ومن ذلك تضمين الصناع **بدون تعد منهم** .

اذ يقول : الضمان عند الفقهاء على وجهين بالتعدي، او لمكان المصلحة وحفظ الاموال ، واما الذين اختلفوا في ضمانهم من غير تعد الا من جهة المصلحة ، **فهم الصناع**[2] .

ويقول السرخسي في الحائط المائل اذا كان مستقيما ثم مال فسقط في الطريق العامة ، وقتل انسانا« قالوا. لا ضمان عليه – على المالك –، **لانه لم يتعد**، وهو القياس ويقول أيضاً : ومقتضى القياس انه لو أشهد عليه لا يضمن ، لان الاشهاد فعل غيره، فلا يكون سبباً لوجوب الضمان عليه ،لكن **استحسن** علماؤنا رحمهم الله ايجاب الضمان[3] » .

---

(١) القواعد للعز بن عبد السلام ج ٢ ص ١٣٨ .

(٢) بداية المجتهد لابن رشد ج ٢ ص ١٩٣ ، راجع في تضمين الصناع المقدمات ج ٣ ص ٣٧٣ ، كتاب الخلاف في فقه الجعفرية ج ٢ ص ٢١٢ ، البدائع ج ٤ ص ٢١٠ كشاف القناع ج ٤ ص ٢٦ :

(٣) المبسوط ج ٢٧ ص ٩ ، راجع ايضاً الموافقات في تقرير المسئولية على مجرد واقعة الضرر التي تسببت عن فعل مأذون فيه في الاصل ج ٢ ص ٣٤٨ وما بعدها .

وليس لهذا الاستحسان من سند **الا المصلحة** ، لان معيار التعدي لم ينطبق عليه ، فللمالك ان يمتنع عن نقض هذا الحائط ؛ اذ ليس لأحد ان يجبره على التصرف في ملكه ، ولم يكن منه فعل خارج نطاق حقه حتى يكون معتديا ، ولكنه يضمن هنا لمجرد التسبب ، وهو الامتناع عن نقضه ، ولو كان هذا الامتناع في الاصل مشروعاً . وهذه هي المسئولية **المطلقة** غير المشروطة بالتعدي على اساس **من المصلحة** ، ونفي الضرر عن الناس في أرواحهم وأموالهم ، والمصلحة مقصود الشرع .

فالخروج بنظرية التعسف عن معيار التعدي اذن أمر اقتضاه **تحقيق المصلحة والعدل** .

ومن هنا تبدو صلة **النظرة الواقعية في مآلات** الافعال بمقاصد الشريعة من حفظ الأموال والانفس ، او قل صلة المعيار المادي لنظرية التعسف القائم على الموازنة بين المصلحة والمفسدة ـ دون نظر الى العوامل النفسية ـ بمقتضيات العدالة ، فضلاً عن مرونة هذا المعيار واستجابته لظروف الحياة المتطورة ، بدليل لجوء فقهاء القانون **المدني والدولي** اليه في العصر الحاضر ، يلتمسون الحلول على اساسه ، للنتائج الخطيرة اللازمة عن طبيعة النشاط الخاص باستعمال الاسلحة الذرية وغيرها يوم ان عجزت قواعد القانون القائم ونظرياته فيما يتعلق بالمسئولية المدنية او الدولية عن حكم هذه الحالات المستجدة .

وبذلك كان لفقهاء الاسلام فضل السبق في تقرير هذه **المسئولية المطلقة** منذ زمن بعيد على أساس من المصلحة والعدل[1] .

---

(١) سيأتي مزيد بحث وتفصيل في هـذا الموضوع في مبحث تكييف التعسف في استعمال الحق وتأصيله .

المبحث الرابع

العدالة في تشريع المعاملات المدنية

قلنا ان مقتضيات العدالة هي السائدة في احكام الفقه الاسلامي ـ ومنها المعاملات ـ فكان المجتهدون يعالجون المسائل الفقهية مسألة[1] مسألة ، ويضعون الحلول العادلة التي تنتجها الادلة ، على ضوء مقاصد التشريع التي كانت تحتكم في هذه الادلة ، فكثيراً ما كانوا يقيدون المطلق ، ويخصصون النص ، او يصرفونه عن ظاهره الى معنى يتفق وروح الشريعة ،او يستثنون المسألة من حكم نظائرها ، لدليل ارجح يقتضي هذا الاستثناء ، كما بينا في الاستحسان ، او يمنعون الفعل في ظروف معينة ، ولو كان في الاصل مباحاً ، بالنظر الى باعثه او مآله كما في سد الذرائع .

ولعل ابلغ دليل على تحري العدالة في المعاملات والتعاقد ،ان الفقه الاسلامي يقرر مبدأ **الرضائية** في العقود ،أي ان كلاً من الايجاب والقبول ينتجان آثارهما دون توقف[2] على الاجراءات الشكلية ، حتى اذا ادى بهم إعمال هذا المبدأ في بعض العقود ـ لظروف معينة ـ الى اختلال ميزان **التعادل** في الالتزامات وقت تنفيذ العقد مثلا ، فسخوا العقد كما في **العذر** في عقد الايجار عند الحنفية ، والجوائح في الزروع والثمار عند الحنابلة والمالكية .

---

(١) مصادر الحق للدكتور السنهوري ج ٦ ص ٩٥ .
(٢) راجع مصادر الحق ج ٣ ، للسنهوري .

فالفقه الاسلامي، وان احترم القوة الملزمة للعقد اعمالا لمبدأ الرضائية، الا ان ذلك رهن ببقاء الظروف التي تم فيها العقد ـ حتى اذا تغيرت، واصبح تنفيذ الالتزام مجحفاً بحق احد الجانبين، او ضاراً به ضرراً لم يكن ليلتزمه بالعقد، فسخ العقد، ولا يجوز للمتعاقد الآخر التمسك بالحق المكتسب بالعقد في طلب تنفيذ الالتزام، لان استعماله لحقه هنا يؤدي الى الاضرار بغيره، لتغير الظروف ـ اقتصادية كانت ام غيرها ـ وليس من مقتضى العدل تنفيذ هذا العقد، والزام المتعاقد المنكوب.

فمبدأ الرضائية في الفقه الاسلامي هو الاصل الذي يدور عليه ابرام العقود، ومنشأ قوتها الملزمة، الا ان يؤدي ذلك الى ظلم وضرر لم يلتزم بالعقد، وهذا يعتبر قيداً يرد على مبدأ الرضائية.

قيود مبدأ الرضائية عند تنفيذ العقد :

مثل هذا القيد لم يكن ليرد على مبدأ الرضائية في التعاقد والمعاملات في الفقه الغربي، بالنظر لما كان يسوده من روح فردية متطرفة، لولا ان المذاهب الاجتماعية جاءت فخففت من وطأة ذلك المذهب، وفتحت ثغرات في القوة الملزمة للعقد، فاستحدثت نظرية الظروف الطارئة[1]، تحقيقاً لمبدأ التعادل في الالتزام.

ولكن الفقه الاسلامي بما هو مشبع بالروح الدينية والخلقية لا يستغرب ظهور مثل هذه النظرية فيه مذ كان، وقد ظهرت تطبيقات لهذه النظرية في «نظرية العذر» في عقد الايجار عند الحنفية، و«الجوائح والثمار» عند الحنابلة والمالكية كما أشرنا، ولنضرب لذلك مثلا نظرية العذر في الفقه الحنفي.

اولا — نظرية العذر في الفقه الحنفي :

قرر الحنفية ان كل عذر لا يمكن معه استيفاء المعقود عليه الا بضرر يلحقه

---

(١) الوسيط للسنهوري ص ٦٣٢ وما بعدها ، مصادر الحق للسنهوري جـ ٦ ص ٩٥ وما بعدها .

في نفسه او ماله ، يثبت له حق فسخ الاجارة[١] ، لانه لو لزم العقد عند تحقق العذر ، للحق صاحب العذر **ضرر لم يلتزمه بالعقد** ، فكان الفسخ في الحقيقة امتناعا عن التزام الضرر[٢].

فاذا استأجر شخصاً يقطع يده للأكلة، او لهدم بناء، **ثم بدا له في ذلك** ، كان عذراً ، اذ في ابقاء العقد اتلاف شيء من بدنه او ماله . وفي غاية البيان عن الكرخي او ليفصد ، او ليحجم ، او يقلع ضرسا . **ثم يبدو له ان لايفعل** فله في ذلك كله الفسخ ، لان فيه استهلاك مال ، او غرما ، او ضررا[٣] .

وفي البدائع[٤]: « والعذر اما ان يرجع للعين المؤجرة، كمن استأجر حماما في قرية مدة معلومة ، فنفر الناس ووقع الجلاء ، فلا يجب الأجر[٥] .

وإما ان يرجع للمؤجر ، كأن يلحقه دين فادح لايجد قضاءه الا من ثمن العين المؤجرة ، فيجعل الدين **عذرا** في فسخ الاجارة ، وكذلك لو اشترى شيئاً فآجره ثم اطلع على عيب به ، له ان يفسخ الاجارة ويرده بالعيب[٦].

وإما ان يرجع العذر **للمستأجر** ، **نحو** ان يفلس فيقوم من السوق،او يريد **سفرا** ، او ينتقل من الحرفة الى الزراعة ، أو من الزراعة الى التجارة ، أو ينتقل من الحرفة الى الزراعة ، او من الزراعة الى التجارة ، او ينتقل من حرفة الى حرفة[٧]،وكما اذا كانت الاجارة لغرض ولم يبق ذلك الغرض ، **او كان عذر يمنعه من الجري على موجب العقد شرعا ، تنتقض الاجارة من غير نقض** ، كما لو

---

(١) ابن عابدين سنة ١٣٠٧ هـ ج ٦ ص ٥٤ .
(٢) البدائع ج ٤ ص ١٩٧ .
(٣) ابن عابدين ج ٥ ص ٥٥ .
(٤) البدائع ج ٤ ص ١٩٧ والفتاوى الهندية ج ٤ ص ٤٦٣ .
(٥) البدائع ج ٤ ص ١٩٧ ، الفتاوى الهندية ج ٤ ص ٤٦٣ .
(٦) البدائع ج ٤ ص ١٩٨ و ١٩٩ ، الفتاوى الهندية ج ٤ ص ٤٥٩ و ٤٦٣ .
(٧) البدائع ج ٤ ص ١٩٧ ، الهداية ج ٣ ص ١٨٢ و ١٨٣ .

استأجر انسانا لقطع يده عند وقوع الأكلة او لقلع السن عند الوجع ، فبرأت الأكلة ، وزال الوجع ، تنتقض الاجارة[1] » .

معيار العذر في الفقه الحنفي :

ان نظرية العذر في الفقه الحنفي - كما رأينا - واسعة ، وقد وضع الفقهاء للعذر معيارا مرنا ، فقال **ابن عابدين**[2] :

والحاصل : ان كل عذر لايمكن معه استيفاء المعقود عليه **الا بضرر يلحقه في نفسه او ماله يثبت له حق الفسخ** ، فنظرية العذر على سعتها تعتبر فرعا عن نظرية التعسف .

ويقول الدكتور السنهوري: فالنظرية تنتظم مايعتبره القانون القوة **القاهرة**، وما يعتبره حوادث طارئة ، وما يعتبر دون هذه وتلك[3] .

فالمذهب الحنفي اكثر المذاهب توسعا في نظرية العذر ، لأنه يفسخ عقد الايجار .

أولا - لعذر يقوم في **جانب المستأجر** .

ثانيا او لعذر يقوم في **جانب المؤجر** .

ثالثا - او لعذر يقوم بالنسبة **للعين المؤجرة**[1] .

---

(٣) الفتاوى الهندية ج ٤ ص ٤٥٨ ، ابن عابدين ج ٥ ص ٧٦ .

(٤) ج ٥ ص ٧٦ .

(٥) الوسيط ج ١ ص ٦٣٤ ، الهامش .

(١) مصادر الحق في الفقه الاسلامي ج ٦ ص ٩٦ ، الفتاوى الهندية ج ٤ ص ٤٥٨ الهداية ج ٣ ص ١٨٢ و ١٨٣ ، تبيين الحقائق للزيلعي ج ٥ ص ١٤٦ و ١٤٧ ، البدائع للكاساني ج ٤ ص ٢٢٢ ، الجامع الصغير على هامش كتاب الخراج لابي يوسف ص ١٠٢ .

أنواع العذر وأثرها في فسخ عقد الايجار :

ليس كل عذر يوجب فسخ عقد الايجار ، وللحنفية تفصيل في ذلك :

فاذا كان العذر يوجب العجز عن المضي في موجب العقد شرعا ، بأن كان المضي فيه حراما ، كالاجارة على قلع الضرس ثم سكنت ، وعلى قطع اليد المتآكلة ثم برأت ، فالاجارة تنفسخ من تلقاء نفسها .

وان كان العذر لايوجب العجز عن ذلك ، لانه يتضمن نوع ضرر لم يوجبه العقد ، لم تنفسخ الاجارة الا بالفسخ .

العذر أمر غير متوقع وقت العقد [1] :

تبين مما قدمنا ان العذر امر غير متوقع وقت العقد ، وهو يشبه الحادث الطارىء في الفقه الغربي ، ولكنه يختلف عن الحادث الطارىء في انه ممكن الدفع ، ويختلف حكم الحادث الطاريء في الفقه الغربي في ان جزاءه رد الالتزام المرهق الى الحد المعقول ، اما في الفقه الاسلامي فالجزاء هو الفسخ او الانفساخ حسب الأحوال كما بينا .

ووجه التعسف : ان المتعاقد المنكوب ، او الذي قام العذر في جانبه لو أجبر على تنفيذ العقد نتيجة لتمسك المتعاقد الآخر بحقه الذي اكتسبه بالعقد ، لأدى ذلك الى ضرر يلحق بالمعذور ، ولاختل ميزان التعادل بينهما ، وهذا الذي يحرص المشرع على اقامته ، فيعتبر استعماله لحقه في مثل هذه الحال تعسفاً بالنظر الى نتيجته ومآله .

---

(١) مصادر الحق في الفقه الاسلامي ج ٦ ص ٩٦ ومابعدها .

هذا ونظرية العذر في الفقه المالكي اضيق منهـــا في الفقه الحنفي ، راجع المدونة ج ١١ ص ٨٤ .

وايضاً ، لو كان من يطلب اليه تنفيذ العقد مع قيـام العذر يعلم بالضرر الذي يلحق به من جراء هذا التنفيذ ، لما أقدم على العقد ، ولأن في تنفيذالعقد مع قيام حالة العذر ، اجباراً على تحمل ضرر لم يلتزم بالعقد والشريعة لاتقره .

ثانياً — في الجوائح والثمار :

جاء في القوانين الفقهية [1] « ومن اشترى ثمراً فأصابته جائحه،فانه يوضع عنه من الثمن مقدار ما اصابته الجائحة ... »

« وانما يوضع بشرطين » :

أحدهما : ان تكون الجائحة من غير فعل بني آدم ، كالقحط ، وكثرة المطر والبرد والريح والجراد وغير ذلك ، واختلف في الجيش والسارق .

والثاني : ان تصيب الجائحة ثلث الثمرة فأكثر،وقال اشهب: ثلث قيمتها، فان اصابت اقل من الثلث لم يوضع عن المشتري شيء ، واذا اصابت الثلث فأكثر لزم المشتري بيعها بعد حط ما اصابت الجائحة .

ثم أورد تفصيلات فيما يعتبر جائحة في قليله وكثيره وما ليس كذلك .

وجاء في بداية المجتهد : اختلف العلماء في وضع الجوائح في الثمار . فقال بالقضاء بها **مالك واصحابه** ، وعمدة من قال بوضعها : حديث جابر : انرسول الله (ص) قال : من باع ثمراً فاصابته جائحة فلا يأخذ من أخيه شيئا ، على ماذا يأخذ أحدكم مال أخيه [2] . أخرجه مسلم عن جابر

هذا ، **واتفقوا** على ان الآفات السماوية من مثل البرد ، والقحط والعفن جائحة وكذلك العطش ، بخلاف ما أصاب من صنع الآدميين ، كما أن

---

(١) القوانين الفقهية لابن جزيء ص ٢٥٣.

(٢) بداية المجتهد لابن رشد ج ٢ ص ١٥٥ ومابعدها .

هناك خلافا فيما تجب فيه الجائحة من البقول والثمار ، وفي المقدار من الثلث او مادونه [1] .

والخلاصة ، ان هاتين النظريتين : العذر والجائحة تعتبران فرعين عن نظرية التعسف ، مراعاة للتعادل عند تنفيذ الالتزام ، وهما نظريتان تردان قيدا على مبدأ الرضائية في العقود كما قدمنا ؛ منعا للتعسف ، وتحقيقا للعدالة .

ثالثا — قيود مبدأ الرضائية عند انشاء العقد :

خيار المجلس :

ومن القيود التي ترد على مبدأ الرضائية ، « **خيار المجلس** » للتروي ودفعا للغبن ، وقد ذهب الى ذلك الشافعية والحنابلة [2] ومعناه ان لكل من العاقدين الخيار في فسخ العقد أو امضائه ماداما في مجلس العقد ، الا اذا خيّر احدهما صاحبه فاختار امضاء العقد ونفاذه ، وانما يثبتون ذلك في عقد البيع بالنص : « البيعان بالخيار ،مالم يتفرقا ،أو يخيّر احدهما الآخر فيختار البيع [3] » . وفيما يلحق به من عقود المعاوضات بالقياس [4] .

هذا وقد قدمنا أن الباعث الدافع الى التعاقد يرد قيداً على مبدأ الرضائية ،

---

(١) المرجع السابق .

(٢) الاشباه والنظائر ، للسيوطي ، ص ٢٥٦ و ٢٥٧ ، المهذب ج ١ ص ٢٥٧ و ٢٥٨ ، المغني ، لابن قدامة ، ج ٤ ص ٦ ، بداية المجتهد ، ج ٢ ص ١٢٩ — ١٤١ .

(٣) يقول الدهلوي : انه روى بطرق عدة ـ المرجع السابق وانظر الزيلعي ج ٤ ص ٣ .

(٤) اسباب اختلاف الفقهاء للشيخ علي الخفيف ص ٥٨ ، مصادر الحق ص ١٧ ، ص ٢ للدكتور السنهوري ، احكام المعاملات للشيخ علي الخفيف ص ٣٠٥٨ ، الهداية ج ٣ ص ١٧ ، الاختيار ج ٢ ص ٦ .

فيبطل كل تصرف ثبت انه كان ذريعة لتحقيق غرض غير مشروع كما في الهبة ، لإسقاط الزكاة ، وبيع العينة ، ونكاح التحليل ، على الخلاف المشهور فيها .

هذه أمثلة [1] للقيود التي ترد على مبدأ الرضائية في العقود ؛ منعا للضرر والتعسف ؛ ولتدل على ان مقتضيات العدالة هي السائدة في احكام الفقه الاسلامي .

والواقع ان فكرة العدل – وهي فكرة اخلاقية بحتة – تقوم عليهانظرية الغبن – والعذر – والجوائح – بل تقوم عليها نظرية العقد بوجه عام – ومن الصعب مثلا ان نتصور احكام الغبن منفصلة عن فكرة العدل [2] .

* * *

(١) واكتفينا ببحثها على هـذا الوجه الموجز لبيان صلتها بمبدأ العدالة ومنع التعسف ، اذ ليس هذا مقام بحثها .

(٢) نظرية الاستغلال للدكتور توفيق فرج ص ١ – ١٥ .

الفصل السادس

المبحث الاول

الواقعية في الفقه الإسلامي

بينا النزعة المثالية في الفقه الاسلامي وأثرها في تقييد الحق ، ولكن هذه المثالية ليست خيالية ؛ بل تنزع عن الواقعية التي يتسم بها هذا الفقه أيضا ، والتي تبدو فيما يلي :

أولا – في نظرته الى الفرد كنقطة أساسية ينطلق منها الى الاصلاح الاجتماعي (١) .

ثانياً – في نظرته الى الجماعة (٢) باعتبارها ذات مصلحة جوهرية مستقلة ليست حصيلة المصالح الفردية كما يدعي انصار المذهب الفردي ، بدليل تعارضها مع المصلحة الفردية ، وتنسيق هذا التعارض في الفقه الاسلامي بقواعد محكمة ؛ اذ بات من المقررات الشرعية – نتيجة للاعتراف بالمصلحة العامة وتقديرها قدرها – أن المصلحة العامة مقدمة ، يقول الامام الشاطبي: « المصالح العامة مقدمة

---

(١) وبهذا يخالف المذاهب الاجتماعية المتطرفة التي تنكر شخصية الفرد وكيانه الذاتي ومصلحته الخاصة .

(٢) وبهذا يخالف الفرديين الذين يعتبرون المصلحة الفردية هي غاية التشريع .

على المصالح الخاصة ، بدليل النهي عن تلقي السلع ، وعن بيع الحاضر للبادي .. الخ »[1]

ثالثا – في نظرته الى المال كقوام مادي للحياة ، ونظرته الى الضروريات الخمسة التي هي مقاصد اساسية في الشرع تدور عليها احكامه لصيانتها وما يتبعها؛ باعتبارها قوام كل مجتمع انساني . واذا كان الفقه الاسلامي – نزولا منه على مكونات الواقع – قد اعترف بالمصلحتين الفردية والجماعية وجعل منهما غاية مزدوجة للتشريع العملي ، فانه – في سبيل تحقيق هذه الغاية التي رسمها الشارع الحكيم – قرر الاسلوب أو الوسيلة التي ينبغي اتخاذها ، فاعترف – بالحق الفردي ، كما اعترف بحق الجماعة[2] .

ولا ريب أن الحقوق وما تستلزم من أعمال وتصرفات وسائل الى غايات هي المعاني او المصالح التي توخاها الشرع من تقرير تلك الحقوق[3] ، يقول الإمام الشاطبي : « لان الاعمال الشرعية ليست مقصودة لانفسها ، وانما قصد بها امور أخر ، هي معانيها ، وهي المصالح التي شرعت لاجلها » .

فتلخص ان للفقه الاسلامي غاية مزدوجة تدور فلسفته التشريعية عليها وهي: المصلحة الفردية والمصلحة العامة ، فكان طبيعيا أن يشرع حق الفرد وحق الجماعة كوسيلتين لتحقيق تلك الغاية المزدوجة ، ولعل أوضح مظهر للمصلحة الجماعية في الفقه الاسلامي هي الملكية الجماعية .

---

(١) الموافقات جـ ٢ ص ٣٥٠ الاشباه والنظائر لابن نجيم جـ ١ ص ١٢١ ، مجلة الاحكام العدلية المادة ٢٦ .

(٢) يبدو هذا واضحاً من تقسيم الاصوليين للحق « في باب المحكوم به » الى قسمين رئيسيين : حق الله ، وهو كل ماتعلق به النفع العام؛ ولهذا اضيف اليه تعالى تعظيماً لخطره – وحق العبد – وهو حق الفرد ، وهو مايتعلق به مصلحة خاصة ، هذا وسيأتي بحث « المصلحة العامة » كعامل اساسي في تقييد الحق الفردي ، راجع التلويح على التوضيح جـ ٢ ص ١٥١ وكتاب المنار وحواشيه ص ٨٨٦ وسائر كتب الاصول في باب المحكوم به .

(٣) الموافقات جـ ٢ ص ٣٨٥ .

ذلك ؛ لان الشريعة الاسلامية ذهبت الى أن الحل الصحيح للتعارض بين المصلحتين لايكون على أساس اهدار احدى المصلحتين على حساب الاخرى ؛ لان في ذلك اخلالا بميزان العدالة، فضلا عما ينطوي عليه هذا المسلك من تجاهل للواقع ، فرأت أنه من المتعين أن يستمد الحل – درءاً للتعسف والظلم – على أساس من الواقع ، وفي ضوء من مكوناته التي لايمكن تجاهلها ، وجاءت بقواعد تقيم التوازن بين المصلحتين على أساس من جلب المصلحة الغالبة ، أو درء المفسدة المساوية او الراجحة، فاذا امكن رعاية الحقين معاً صير اليه،واذا تعذر التوفيق قدمت المصلحة العامة جلباً لاكبر قدر من المصلحة ،مع الاحتفاظ بحق الفرد في التعويض ان كان له وجه ، وهذا ما أشار اليه الاصوليون من **جبر المضرة**[٢] وهو المسلك الذي اتخذه في تنسيق المصالح الفردية المتعارضة ، عملًا بالاصل العام من جلب المصالح الراجحة ودرء المفاسد الغالبة ، وهو أصل يتفق ومنطق كل تشريع واقعي عادل .

ثم ان هذا التنسيق بين المصالح المتضاربة ـ سواء في ميدان العلاقات الفردية أم بينها وبين المصلحة الجماعية ـ انما يرمي الى تحقيق مقاصد اساسية في المجتمع . فكان مما يقتضيه هذا المنطق التشريعي ، أن يكون ثمة دستور يحكم مباشرة الحق كي لا يجنح صاحبه الى الاخلال بهذا التوازن من جهة ـ وهذه ناحية واقعية ينظر فيها الى نتائج استعمال الحق ـ ولا يناقض تلك المصالح الاساسية التي شرعت هذه الحقوق ومنحه المشرع اياها من أجلها، بتوخيه تحقيق مصالح أخرى غير مشروعة عن طريق هذه الحقوق المشروعة في الاصل من جهة أخرى ، فكان من العدل والمنطق أن تنسلخ صفة المشروعية عن هذه الحقوق اذا اضحت وسائل للاخلال بالتوازن ، أو لمناقضة تلك المقاصد الأساسية وما يتبعها في التشريع ، ومن هنا نشأت نظرية التعسف كدستور لمباشرة هذه الحقوق بنشأة الفقه الاسلامي نفسه، لما ذكرنا من غايته المزدوجة ، ومن رعايته للحقين الفردي والجماعي ، ومن إقامة

---

(٢) الموافقات جـ ٢ ص ٣٥٠ وما بعدها ، وسيأتي بحث ذلك مفصلا .

التوازن بينهما، ومن شرعه لمقاصد أساسية قصد الشارع تحقيقها عن طريق الحقوق، وهي قائمة على مصالح اجتماعية واقتصادية ومبادىء خلقية وإنسانية سامية، وهذا هو السر في عراقة هذه النظرية في الفقه الاسلامي، كنظرية كاملة مدعمة الاصول، واضحة المعايير، لمواجهة كل تطور اجتماعي واقتصادي وحضاري .

ونتناول الآن الملكية الجماعية باعتبارها أقوى مظهر لمصلحة الجماعة .

المبحث الثاني

الملكية الجماعية

وإقرار الفقه الاسلامي للملكية الجماعية ظاهر فيما يأتي :

اولا - فيما حماه الرسول ﷺ من أرض النقيع لخيل المسلمين المرصودة للجهاد، والمعنى الذي من أجله شرع الحمى، يستوجب أن يكون لسائر أئمة المسلمين هذا الحق، وما تقتضيه مصالح المسلمين . يقول ابن قدامة : « روى ابن عمر قال: حمى النبي ﷺ النقيع[1] لخيل المسلمين، وأما سائر أئمة المسلمين فلهم أن يحموا مواضع لترعى فيها خيل المجاهدين، ونعم الجزية، أو إبل الصدقة، وضوال الناس التي يقوم الامام بحفظها، وماشية الضعيف من الناس على وجه لا يستضر به من سواه من الناس، وبهذا قال أبو حنيفة ومالك والشافعي في صحيح قوله[2] » .

ويرد صاحب المغني على من ينكر أن يكون لأئمة المسلمين هذا الحق بعد النبي ﷺ، باقامة الأدلة على ثبوته لهم بقوله: « ولنا : أن عمر وعثمان حميا، واشتهر ذلك في الصحابة، فلم ينكر عليهما، فكان إجماعاً »[3] .

---

(١) موضع معروف بقرب المدينة .

(٢) المغني ج ٢ ص ٥٢٩ .

(٣) المرجع السابق .

ويبين عمر بن الخطاب رضي الله عنه ،أن الحمى إنما كان« في سبيل الله » وهو الصالح العـام ، فقد روي أن اعرابياً أتى عمر رضي الله عنه فقال : « يا أمير المؤمنين ،بلادنا قاتلنا عنها في الجاهلية، وأسلمنا عليها في الاسلام ، علامَ تحميها ؟ فأطرق عمر ، وجعل ينفخ ويفتل شاربه – وكان إذا كربه أمر فتل شـاربه ونفخ – فلما رأى الأعرابي ما به جعل يردد ذلك ، فقال عمر : المال مال الله ، والعباد عباد الله ،والله لولا ما أحمل عليه في سبيل الله ما حميت شبراً من الارض في شبر[1] » وليس لهم أن يحموا إلا قدراً لا يضيق به على المسلمين ويضر بهم ، لأنه إنما جاز لما فيه من المصلحة لما يحمى ، وليس من المصلحة إدخال الضرر على أكثر الناس [2] » .

« وعن أسلم قال: سمعت عمر يقول لهنى حين استعمله على حمى الربذة ياهنى: اضمم جناحك عن الناس،واتق دعوة المظلوم فانها مجابة. .. ولأن ما كان لمصالح المسلمين قامت الأئمة فيه مقام رسول الله ﷺ،وقد روي عن النبي ﷺ انه قال: « ما أطعم الله لنبيّ طعمة إلا جعلها طعمة لمن بعده »[3] .

وقد ذهب الى جواز الحمى لأئمة المسلمين الجعفرية،فقد جاء في كتاب الخلاف « للامام أن يحمي للخيل المعدة في سبيل الله ، ونعم الجزية ، ونعم الصدقـــة ، والضوال ، وبه قال الشافعي [4] » .

وتعليل أئمة المذاهب بثبوت هذا الحق للامام صريح في أنه للمصلحة العامة، يقول الشافعي رضي الله عنه « انحمى رسول الله ﷺ فيه صلاح لعامة المسلمين ، إذ أن الخيل المعدة لسبيل الله ، وما فضل من سهمان أهل الصدقات،وما فضل من النعم التي تؤخذ من أهل الجزية ترعى فيه ، فأما الخيل فقوة لجميع المسلمين ،

---

(١) المرجع السابق .
(٢) المرجع السابق .
(٣) المغني جـ ٥ ص ٥٢٩/٥٣٠ .
(٤) الخلاف جـ ٢ ص ٢٢٣ .

وأما نعم الجزية فقوة لأهل الفيء من المسلمين ومسلك سبيل الخير أنها لأهل الفيء المجاهدين ، وأما الإبل التي تفضل عن سهمان أهل الصدقة ، فلا يبقى مسلم إلا عليه من هذا صلاح في دينه وفي نفسه، ومن يلزمه أمره من قريب، أو عامة من مستحقي المسلمين ..» [1]

ومن هنا لم يأخذ بعض الأئمة بظاهر الخبر ، من قصر هذا الحق على النبي ﷺ « لا حمى إلا لله ورسوله » لأن الحكم معلل ، ووجود المعنى بعد الرسول ﷺ يستوجب الحكم، وهو رعاية المصلحة العامة، فجرى تأويل الحديث بما يتفق وغاية الحكم ، وهذا ما كنا قد أشرنا اليه ، من أن الجري وراء ظواهر النصوص دون التفات الى مقصد الشارع تعسف في الاجتهاد ، أي إهمال للمصلحة التي شرع من أجلها الحكم، أو مناقضة لها، وعلى التأويل جرى أبو عبيد في كتابه الأموال حيث يقول : « للامام أن يحمي ما كان لله مثل حمى النبي ﷺ وحمى عمر . فهذا كله داخل في الحمى لله » .

وقد روي أن عمر (رضي الله عنه) حمى الربذة والشرف ، لهذا الغرض ، وهما موضعان بين مكة والمدينة .

وهذا كله دليل على إقرار الشريعة للملكية الجماعية ، لان هذه الأرض ، أصبحت ملكاً لجماعة المسلمين ، ومنفعتها مصروفة اليهم ، لتعلق مصلحتهم بها .

كما أن في ذلك دلالة على أن لولي الأمر أن ينزع من الملكية الفردية ماتقتضيه ضرورة المصلحة العامة للمسلمين . انظر الى قول عمر إذ يقسم أنه لولا مصلحة المسلمين لما حمي شبراً في شبر [2] .

ثانياً – في الوقف : الذي يرصد ريعه للمصالح العامة أو المؤسسات العامة:

ثالثاً – في تقييد حق التملك للمصلحة العامة :

وأعني بذلك تقييد حرية التملك ، وهي من باب تقييد المباح .

---

(١) الام ج ٣ ص ٧٠ .

(٢) المغنى ج ٥ ص ٥٢٩ .

فقد ذهب فريق من الفقهاء الى تقييد حق تملك المعادن الظاهرة ، وهي التي يتوصل اليها بغير مؤنة ينتابها الناس، كالملح والكبريت والقير والمومياء،والنفط والكحل، والبرام،والياقوت،ومقاطع الطين،واشباه ذلك، لاتملك بالاحياء ولا يجوز اقطاعها لاحد من الناس، ولا احتجازها دون المسلمين؛ **لان فيه ضرراً بهم وتضييقاً عليهم**، ولأن النبي ﷺ أقطع ابيض بن حمال« معدن الملح » فلما قيل له انه بمنزلة الماء العد ، ردّه كذا قال أحمد » وعلى هذا فليس الامتلاك مباحاً في كل الاموال، بلا قيد ولا شرط ، فقيد الحق الفردي بمنع الاضرار بالمصلحة العامة في كل موطن يترتب على اطلاق الحق للفرد في التملك ضرر عام بالجماعة ، كما أنها أتت بمبدأ التقييد في التملك، منعاً لحيازة اموال لا يتكافأ الجهد الذي يبذل في سبيلها مع مايعود على صاحبه من ثراء ونفع، وقد أشرنا الى ذلك في حكم تملك المعادن الظاهرة[1] التي يتوصل اليها دون بذل مؤنة تتكافأ مع مايعود على الباذل من نفع .

على أن أقرب المذاهب الى العقل ، والى التوزيع الاجتماعي العادل، هو الرأي القائل بأن المعادن[2] ـ سائلة كانت أم جامدة ـ كالنفط والذهب والفضة والنحاس وما الى ذلك ـ تعتبر ملكا للدولة ، ولو وجدت في أرض مملوكة ملكاً خاصاً؛ لانها ليست جزءاً من الارض، ولا من منافعها؛ اذ لايقصد مالك الارض الى الانتفاع بها عن طريق الزراعة عادة ، وقياس المعدن على الشجر والنبات في أن كليهما من منافع الارض وثمراتها، قياس مع الفارق، لان المعادن عنصر موجود في الارض قبل الملك ، أما الثمر والشجر والنبات فيحصل بعد الملك ، فهي من ثمرات الملك،

---

(١) المغني جـ ٥ ص ٥٢٩ وما بعدها ، وراجع الامام للشافعي جـ ٣ ص ٢٦٦ حيث يقول : « كل عين ظاهرة كنفط أو قار أو كبريت أو موميا او حجارة ظاهرة كموميا في غير ملك لاحد فليس لاحد ان يحتجزها دون غيره ، ولا لسلطان ان يمنعها لنفسه ، ولا لخاص من الناس ، لان هذا كله ظاهر كالماء والكلأ .

(٢) وهو رأي في مذهب مالك .

وهي المقصودة من تملك الارض ، وليس كذلك المعدن [١] .

هذا ، وقد أشرنا الى تقييد حق التملك المصلحة العامة ، كما في النهي عن بيع الحاضر للبادي ، وتلقي السلع ، وتقييد التصرف في حق الملكية أيضاً لذلك الغرض كما في منع الاحتكار ، وكما في التسعير الجبري ، وكما في نزع الملكية الفردية اذا اقتضت ذلك المرافق العامة كتوسيع الطرق ، واقامة المساجد [٢] ، او توسيعها وكما في توظيف الامام ضرائب على أموال الاغنياء سداً لحاجة بيت المال [٣] ، في الظروف الطارئة ، لمصلحة البلاد .

الفرع الأول

الشخصية المعنوية لجماعة المسلمين

وهذه المصلحة العامة تستتبع وجود شخصية اعتبارية أو معنوية لجماعة المسلمين ، وهو ما جاء به الحديث عن النبي ﷺ مؤكداً له بقوله « المسلمون تتكافأ دماؤهم ويسعى بذمتهم أدناهم » .

على أن الشخصية الاعتبارية لا تقتصر على جماعة المسلمين في جملتهم ؛ بل توجد هذه الفكرة في المؤسسات العامة « كبيت المال » .

ومما يؤكد شخصية الجماعة الاعتبارية خطاب الله تعالى وتوجيهه اليها بنداء الجماعة « يا أيها الذين آمنوا » .

---

(١) راجع المقال القيم للاستاذ الشيخ ابي زهرة في الاقتصاد الاسلامي في مجلة رسالة الاسلام عدد/٢ ص ١١ ص ١٣٥ ومابعدها ، وثمة تفصيل للمذاهب في هذا الموضوع ليس هذا مقام بحثه ، ويكفينا هذا القدر في اثبات الملكية الجماعية .

(٢) الموافقات ج ٢ ص ٣٥٢ وما بعدها ، الطرق الحكمية ص ٢٨٦ وما بعدها النووي على مسلم ج ٣ ص ٨ ، بداية المجتهد ج ٢ ص ١٣٨ .

(٣) الاعتصام ج ٢ ص ٢١ .

على أن المسئولية الجماعية التي قررها الرسول ﷺ في قوله « كلكم راع وكلكم مسئول عن رعيته » تثبت ذلك، وما حديث السفينة عنا ببعيد، اذ قرر مسئولية الجماعة عن أعمال الفرد، ووجوب رقابتها على تلك الاعمال ؛ ومنعه من ممارستها، ولو كانت ناشئة عن حق أو اباحة ، اذا ترتب عليها ضرر بهم أو بطائفة منهم أو بأهل بلد[1] .

هذا وجعل الاصوليين حق الله – وهو كل ما يتعلق به النفع العام ـ قسيما للحق الفردي ـ حق العبد ـ مايؤكد اعتبار الفقه الاسلامي المصلحة العامة ركناً أساسياً في التشريع تدور جملة من أحكامه على رعايتها ، والتنسيق بينها وبين المصلحة الخاصة .

وهذه الاحكام ترمي الى التنسيق بين المصلحة العامة والخاصة بالتوفيق بينهما أولاً ما امكن ، رعاية للحقين ، واذا تعذر فبتقديم المصلحة العامة ونضرب مثلاً للتوفيق بين الحقين منع الاحتكار اذا أدى الى الضرر بالجماعة في الازمات ، حيث يجبر المحتكر على البيع رعاية لحق العامة ، ويعطى ثمن المثل رعاية لحقه ، وكذلك ايجاب التسعير اذا تغالى ارباب السلع تغالياً فاحشاً في الاسعار، فان لولي الامر اجبار التجار على البيع بالثمن الذي يحدده اهل الخبرة رعاية للحقين .

لا يقال ان في التسعير معارضة للاصل العام ، وهو ان الناس مسلطون على أموالهم بمقتضى النص، وهو قوله تعالى «الا أن تكون تجارة عن تراض منكم»[2] وقوله ﷺ « لا يحل مال امرىء مسلم إلا عن طيبة من نفسه » لانا نقول: « ان على ولي الامر رعاية مصلحة الامة، وهي أولى من رعاية مصلحة الفرد بالاجماع ، لان في ذلك دفعاً لضرر اكبر ، وهذا الدفع هو ماتقتضيه مقررات الشريعة من

---

(١) وذلك موكول إلى ولي الامر، وهو يقيم من يعاونه في هذه الرقابة ، ومن ابرز من يضطلع بمراقبة التموين والبيوع ، ويقوم بحفظ الامن وازالة المنكرات على النحو الذي تقوم به الشرطة ، والى الحسبة ، ونظام الحسبة معروف في الاسلام ، وبالجملة هو نظام قائم على الامر بالمعروف والنهى عن المنكر ورعاية المصلحة العامة .

(٢) النساء ٤ آية ٢٩ .

« أن الضرر الخاص يتحمل لدفع ضرر عام »[1] وقد سبق أن نقلنا عن الاصوليين ما يؤيد ذلك[2] .

على أن المصلحة الفردية لم تهدر هنا ؛ لان المحتكر انما يجبر على البيع بثمن المثل، وفي هذا تحقيق للعدالة ، ودفع لتحكم التجار ، والتحكم ظلم ، لما يفضي اليه من ضرر عام ، والظلم والضرر محرمان بالنص .

على أن الشريعة تراعي مواطن الضرورة أو شدة الحاجة أيما مراعاة ، فتجعل منها قيداً يرد على استعمال الحقوق الى حد يصل الى سلب الحق في بعض المذاهب ، فقد جاء في مذهب الامام أحمد كما يحكيه ابن القيم ، أن قوماً اذا اضطروا الى السكنى في بيت انسان لا يجدون سواه ، او النزول في خان مملوك ، او استعارة ثياب يستدفئون بها ، أو رحى للطحن ، أو دلو لنزع الماء ، أو قدر ، أو فأس ، أو غير ذلك ، وجب على صاحبه بذله بلا نزاع ؛ لكن هل له أن يأخذ عليه أجراً ؟ فيه قولان للعلماء ، وهما وجهان لاصحاب أحمد ، ومن جوز له أخذ الاجرة حرم عليه ان يطلب زيادة على اجرة المثل . قال شيخنا ـ يعني ابن تيمية ـ والصحيح انه يجب عليه بذل ذلك مجانا ، كما دل عليه الكتاب والسنة ، قال تعالى : « فويل للمصلين الذين هم عن صلاتهم ساهون ، الذين هم يراءون ويمنعون الماعون » قال ابن مسعود وابن عباس وغيرهما من الصحابة « هو اعارة القدر والدلو والفأس ونحوها »[3] . وفي الصحيحين ، عن النبي ﷺ ، ـ ذكر الخيل ـ قال : « هي لرجل أجر ، ولرجل ستر ، وعلى رجل وزر ـ فأما الذي هي له أجر : فرجل ربطها

---

(١) مجلة الاحكام العدلية مادة/٢٦ وراجع ايضا مادة/٢٩ . يختار اهون الشرين ومادة/٢٨ اذا تعارض مفسدتان ... الخ راجع وجهة نظر فريق من العلماء في عدم جواز التسعير اعتمادا على ظاهر النصوص وتوجيه ادلتهم ـ نيل الاوطار ج ٥ ص ٢٢٠ .

(٢) الموافقات ج ٢ ص ٣٨٥ .

(٣) الطرق الحكمية لابن قيم الجوزية ص ٣٠٥ .

في سبيل الله [١] ، واما الذي هي له ستر - فرجل ربطها تغنياً وتعففاً ،ولم ينس حق الله في رقابها ولا في ظهورها » .

فنحن نرى ان فريقاً من العلماء أوجب على المالك ان يبذل للناس ما بلغت بهم الحاجة اليه مجانا ، ذلك لانهم رأوا أن من الواجب عليه احياء النفوس .

وفي هذا المعنى ايضاً ورد عن رسول الله ﷺ مايؤيد الاصل السابق من تقييد الحق اذا اشتدت الحاجة بفرد او افراد ، فما بالك اذا حاقت الشدة او الضرورة بالامة ؟ وليس المقصود بالضرورة هنا ان يبلغ الحال بالناس حداً يستباح به المحظور - فذلك امر لا نزاع فيه بين العلماء ، بدليل قوله تعالى « وقد فصل لكم ماحرم عليكم الا ما اضطررتم اليه » واصبح مقرراً في الدين بقاعدة معروفة ان « الضرورات تبيح المحظورات » لكنا نقصد شدة الحاجة ، فالحاجة - لا الضرورة - مصلحة عامة [٢] - ايضاً ، والحاجة اقل وطأة على الناس من الضرورة ؛ لان معناها ، ان يقع الناس في مشقة يعسر الانفكاك عنها ، ومن المقرر فقها - ان المشقة تجلب التيسير [٣] .

وقد ورد عن الرسول ﷺ مايفيد نفي الحق للمالك في الاستبداد بملكه في هذا الظرف ، بالنظر للمعنى الاجتماعي الذي صوره الاسلام تارة « بالاخوة » التي هي ثمرة « الايمان » وتارة بالبنيان المرصوص الذي يشد بعضه بعضاً ، وتارة « بالجسد الواحد اذا اشتكى منه عضو تداعى له سائر الأعضاء بالسهر والحمى » كل هذا التصوير لمعنى التضامن او التكافل الاجتماعي في شتى مرافق الحياة - لا في التضامن

---

(١) وسبيل الله هو النفع العام للمسلمين او الصالح العام ، المرجع السابق .

(٢) الطرق الحكمية لابن قيم الجوزية ص ٣٠٧ حيث يقول « حاجة المسلمين مصلحة عامة » .

(٣) راجع مجلة الاحكام العدلية مادة/٢١ . يراجع الاشباه والنظائر للسيوطي ص ٨٩ - ٩٠ في تخصيص النص بالمصلحة ، والذي أخذ به الشافعي على ان القائلين بالمصلحة اشترطوا اولا : ان تكون حاجية منزلة منزلة الضرورة ، وثانيا - ان يكون النص ظنياً مكافئا لظنية المصلحة الحاجية - وقد ضربنا لذلك الامثلة من جميع المذاهب .

المادي فحسب ، ليجعل من الحق مفهوماً ينفي عنه التسلط القاهر ، والاستبداد المطلق ، وهو المعنى الذي جاءت به فلسفة المذاهب الفردية كما ذكرنا[1]، فقد ورد عن الرسول ﷺ انه قال : ان الاشعريين اذا ارملوا في الغزو أو قل طعام عيالهم بالمدينة ، جمعوا ما كان عندهم في ثوب واحد ، ثم اقتسموه بينهم في اناء واحد ، **فهم مني وانا منهم**[2] » .

ويصور الإمام الشاطبي هذا المعنى الاجتماعي في التسوية والاشتراك اذ يقول : «وذلك ان مسقط الحظ هنا قد رأى غيره مثل نفسه ، وكأنه أخوه أو ابنه اوقريبه او يتيمه ، او غير ذلك ممن طلب بالقيام عليه ندبا او وجوبا ، وانه قائم في خلق الله بالاصلاح والنظر والتسديد ، فهو على ذلك واحد منهم ، فاذا صار كذلك لم يقدر على الاحتجان لنفسه دون غيره ممن هو مثله ، بل ممن أمر بالقيام عليه ، كما ان الأب الشفيق لايقدر على الانفراد بالقوت دون اولاده ، فعلى هذا الترتيب كان الاشعريون رضي الله عنهم ، فقال عليه الصلاة والسلام « فهم مني وانا منهم » لانه عليه الصلاة والسلام كان في هذا المعنى الامام الاعظم ، وفي الشفقة الاب الأكبر ، **اذ كان لايستبد بشيء دون امته**[3]» .

الفرع الثاني

الشريعة لاتعرف التصرف المطلق في الحق الذي لايرعى الصالح العام

فالتفرد والاستبداد المطلق بالتصرف بالحق ومنافعه لايعرفه الاسلام ، وانما يحث على **الاشتراك والتسوية** ، بل يعرف درجة اسمى ، ويحمل الفرد

(١) راجع ص ١ وما بعدها .

(٢) الموافقات جـ ٢ ص ٣٥٤ المرجع السابق ص ٣٥٣ .

(٣) المرجع السابق .

عليها الايمان المطلق بالله تعالى، وهي درجة « **الايثار** » « **ويؤثرون على انفسهم ولو كان بهم خصاصة** » وهذا اقصى مايمكن ان يتصور في **المعنى الاجتماعي للحق**، بل لا أظن ان تشريعاً قد قام على مثل هـذه الاصول من تقييد الحق الفردي قضاء بما يحفظ حق الغير من الفرد او الجماعة عند التعارض، او في ظروف الازمات والحاجة بَلْهَ الضرورة، فضلاً عما يجنح المعنى الروحي والخلقي بالفرد الى درجة اسقاط حظ النفس في الحق تفضيلاً وايثاراً للغير عليها، استيحاء من قوله تعالى: « ماعندكم ينفد وما عند الله باق » .

« وقد جاءت السنة ايضاً بما يؤكد نفي السلطة المطلقة في « الحق » وقت الحاجة ؛ فقد روى مسلم في صحيحه عن ابي سعيد الخدري **قال** : بينما نحن في سفر مع رسول الله ﷺ ، اذ جاء رجل على راحلة له ـ قال ـ فجعل يصرف بصره يمينا وشمالا ـ فقال رسول الله ﷺ : « من كان معه فضل من ظهر فليعد به على من لا ظهر له، ومن كان معه فضل من زاد فليعد به على من لازاد له ـ قال ـ فذكر من **اصناف المال** ـ ماذكر ، حتى رأينا انه لاحق لاحد منا في فضل ... » وفي الحديث ايضاً: « **ان في المال حقاً سوى الزكاة** » ومشروعية الزكاة والإقراض والعريّة والمنحة وغير ذلك[1]، **مؤكد لهذا المعنى، وجميعه جارٍ على اصل مكارم الاخلاق وهو لايقتضي استبداداً** »

فالإمام الشاطبي ينفي صراحة ان يكون الحق سلطة مطلقة او استبداداً مطلقاً بمنافعه وثمراته ، وبذلك ينتفي معنى **الفردية المطلقة في الحق**، ويثبت بما لايدع مجالاً للشك المعنى الاجتماعي في أقوى صوره من التسوية والمشاركة لاعلى سبيل الجواز او الندب ؛ بل وعلى سبيل الوجوب ايضاً. اذا اقتضى الأمر في ظروف الضرورة والحاجة، وفيما ورد عن الرسول عليه الصلاة والسلام مايصور أنه اسوة في ذلك، لان في درء المفسدة عن الجماعة وجلب المصلحة لهم هو الاصل العام الذي قامت عليه الشريعة ؛ بل هو المبرر الاكبر لإلقاء مقاليد السلطة العامة بيد ولي الأمر.

---

(١) المرجع السابق .

نخلص من هذا ، الى أن الشريعة لا تعترف **بالحق الفردي كسلطة مطلقة** يصرف فيها صاحبها كيف شاء وفق رغبته ، **وانما تعترف به في حدود المحافظة على حق الغير فرداً كان ام جماعة** ، لان حق الغير محافظ عليه شرعا ، **وعلى هذا فليس للفرد مطلق التصرف بحقه** ، وقد جاءت ادلة من الكتاب الكريم والسنة المطهرة تحرم استعمال الحق بقصد الاضرار بالغير صراحة ، كما انها تجعل للغير نوع مشاركة في الارتفاق بحق الملكية .

اولاً : الادلة على النهي عن استعمال الحق بقصد الاضرار :

أ - النهي عن استعمال حق الايصاء : وهو تصرف في حق الملكية بنية الاضرار بالورثة ، في قوله تعالى : « من بعد وصية يوصى بها او دين غير مضار »

ب - النهي عن استعمال حق الرجعة بقصد الاضرار بالمطلقة ، لتطويل العدة عليها ، او بقصد حملها على التنازل عن صداقها كله او بعضه ، في قوله تعالى: « ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا ، ومن يفعل ذلك فقد ظلم نفسه » .

ج - النهي عن ان يضار كل من الوالدين الآخر - بسبب الولد - في الرضاع - في قوله تعالى : « لاتضار والدة بولدها ولا مولود له بولده » .

د - قضاء رسول الله ﷺ على سمرة ابن جندب « بقلع نخلته » من بستان الانصاري حين أصر على الاضرار - بهذا الاخير ، ولم يرض الحلول التي عرضها عليه الرسول ﷺ توفيقا بين الحقين ، فدل ذلك على أنه يقصد الاضرار ، ويصر عليه في استعمال حقه ، فكان الجزاء ما رأينا ، وعلل الرسول ﷺ حكمه بالضرر بقوله: «**انما انت مضار**» اي قاصد الاضرار ، وهذه القضية **تعتبر اصلا كاملا في نظرية التعسف** .

هـ - منع الاحتكار ، واجبار المحتكر على البيع بثمن المثل لنفي الضرر عن العامة ، في قوله ﷺ « لايحتكر الا خاطيء » ومنع مافي معنى الاحتكار

من تلقي السلع ، وبيع الحاضر للبادي ، كما قدمنا من اجل المصلحة العامة [1] ولو لم يكن الضرر مقصودا ، فمع القصد يكون ممنوعا من باب اولى [2] .

ثانيا – للغير – فردا كان ام جماعة – نوع مشاركة في الارتفاق بملك المالك :

ولو رحنا نستقصي **الادلة** التي تقرر حق الغير في الارتفاق بحق المالك ، شريطة الا يلحق بهذا الأخير ضرر هو اشد من ضرر الغير ، لأعيانا حصرها ، فمن ذلك :

أولاً – انه ورد في الصحيحين عن رسول الله ﷺ أنه قال : « لا يمنعن أحدكم جاره أن يغرز خشبه على جداره [3] » .

وهذا يفيد وجوب بذل منافع الاموال للمحتاج . وبالوجوب اخذ فريق من الفقهاء كما سيأتي بسط ذلك في موضعه [4].

ثانيا – ومن ذلك ، قضاء عمر – رضي الله عنه – على محمد بن مسلمة باجراء الماء في ارضه لمصلحة جاره ، مادام الأول لا يتضرر من هذا الارتفاق ، وبلغ الامر بعمر رضي الله عنه في تأكيد الإجبار ، ونفي التعسف في استعمال الحق ، أن أصدر قضاءه في صورة « قسم » يدل على مبلغ انكاره للتعسف « والله ليمرن به ولو على بطنك » وهذا الحكم لدفع الضرر عن الفرد من جراء التعسف ، ففي دفع الضرر عن الجماعة يكون الحكم اوجب .

ثالثاً – ومن ذلك أيضاً ماذهب اليه بعض الفقهاء من القول بتحريم احتكار منافع البدن اذا احتاجت الامة الى ذلك في الزراعة او الصناعة وغيرهما ، فاذا كان الاحتكار في السلع محرماً ، فالاحتكار في المنافع محرم

---

(١) الموافقات ج ٢ ص ٣٤٨ وما بعدها .

(٢) سيأتي بحث هذه الادلة بالتفصيل ، وعرض آراء الفقهاء في بحث الادلة على نظرية التعسف .

(٣) نيل الاوطار ج ٥ ص ٢٥٩ و ٢٦٠ كشاف القناع ج ٣ ص ٣٤٢ ، الطرق الحكمية ص ٣٠٦ ، المنتقى ج ٦ ص ٤٣ .

(٤) في بحث أدلة النظرية من السنة المطهرة .

ايضاً لتحقق علة التحريم ، ولقوله ﷺ « لا يحتكر الا خاطىء » .

وعلى هذا **فالعمال والصناع** وسائر الحرفيين وارباب الكفاءات، اذا امتنعوا عن العمل الا بأجور فاحشة، والناس في حاجة الى منافعهم وخبراتهم، **اجبرهم** ولي الأمر على العمل بأجر المثل، لان الزيادة على اجر المثل حرام [1] ، توفيقاً بين الحقين .

يقول ابن القيم تحت عنوان إلزام الصانع قبول أجر المثل : « ومن ذلك أن يحتاج الناس الى صناعة طائفة – كالفلاحة والنساجة والبنـاء وغير ذلك – فلولي الأمر أن يلزمهم بذلك بأجرة مثلهم، فانه لاتتم مصلحة الناس إلا بذلك » وذلك ؛ لأن إقامة المرافق في الدولة واجبة على رئيسها ومعاونيه [2]، ولا يتم هذا الواجب إلا عن طريق العمال والصناع ، ومن المقرر في الشريعة ، أن ما لايتم الواجب إلا به فهو واجب ؛ لهـذا جاز لولي الأمر التدخل نزولاً على مقتضيات المصلحة العامة التي وضعت السلطة العـامة في يده من أجل تحقيقها ، ويقاس عليه كل ما يؤدي استعمال الحق فيه الى ضرر بالمصلحة العامة .

وعلى هـذا ، فالتدخل لايعني الافتئات على الحق الفردي **ظلماً أو عدواناً** ، وإنما يعني قوة إشراف الدولة على تنسيق الحقوق المتعارضة ، وترجيح المصالح الذي تقضي به قواعـد الشريعة من دفـع الضرر الأشد ، وإلا لزم أن يبقى التعارض قائمـاً ، والمصلحة العامة مهدرة ، وهذا ما لم يقل بـه أحد من العلماء ، بل وما تأباه روح الشريعة ومقاصدهـــا ، وما يصطدم مع القواعد المحكمة المقررة في الشرع التي لا يستطيـع أحد فيهـا جدلاً .

ويحكم التدخل كما قررت في أكثر من موضع ، قاعدة « يختار أهون الشرين » [3] وقاعدة « الضرر الخاص يتحمل لدفع ضرر عام » . غير أننا لاننكر ، أن هذا مسلك صعب يجب فيه أخذ الحيطة والحذر في التطبيق ، عن طريق المختصين واهل الخبرة من المؤمنين .

---

(١) الطرق الحكمية ص ٣٠٥ ، المرجع السابق ص ٢٨٩ .

(٢) المرجع السابق .

(٣) مجلة الاحكام العدلية مادة/٢٩ المرجع السابق .

المبحث الثالث

الواقعية في نظر الإسلام إلى المال

ومن الواقعية في الفقه الاسلامي اعتبار المال من مقومات[1] الحياة الانسانية، وما به صلاحها ، ولذا جعل المحافظة عليه من مقاصد التشريع الاساسية - الضروريات - فهو وسيلة الى الخير والبر - « لن تنالوا البر حتى تنفقوا مما تحبون » « وآتى المال على حبه » - وبهذا النظر الواقعي سمي خيراً « وانه لحب الخير لشديد » .

الفرد في المال مستخلف - الانفاق والتثمير :

ولكي يغري الاسلام الفرد بتأدية وظيفة المال من الانفاق في وجوه البر والصالح العام والخاص ، ومن تثميره وتنميته خشية ان يفني او الا يفي[2] ، جعله وكيلاً مستخلفاً عن الله تعالى فيه ، لأن المال مال الله بحكم الخلق والإنشاء ، والخلافة الانسانية في المال هي مصدر الالتزامات الايجابية والسلبية التي فرضها الاسلام على حائز المال نهوضاً بأعبائها ، وامتثالاً لما صدر عن **المستخلف** من أوامر ونواه . فاذا كانت المالكية تغري بالضن والشح ، فان الوكالة والنيابة تهوّن من أمر الانفاق ، وهذا المعنى يجليه قوله تعالى : « آمنوا بالله ورسوله وأنفقوا مما جعلكم مستخلفين فيه »[3] .

---

(١) البقرة آية/١٧٧

(٢) الموافقات ج ٤ ص ٢٨ وما بعدها .

(٣) الحديد آية/٧ .

يقول الزمخشري : « يعني أن الأموال التي في أيديكم ، إنما هي أموال الله بخلقه وإنشائه لها ، وإنما خولكم إياها ، أو خولكم الاستمتاع بها ، وجعلكم خلفاء في التصرف فيها ، فليست هي أموالكم في الحقيقة ، وما أنتم فيها إلا بمنزلة الوكلاء والنواب .. فأنفقوا منها في حقوق الله، وليَهُنْ عليكم الانفاق كما يهون على الرجل النفقة من مال غيره اذا أذن له فيه [1] » .

الانفاق في حدود الشرع ، والتثمير وظيفة اجتماعية للمال :

فالانفاق والتثمير وظيفة اجتماعية جعلها الاسلام **تكليفاً** شرعياً ؛ بل جعل وجوب الانفاق من مقتضى الايمان بالله ورسوله .

« آمنوا بالله ورسوله وأنفقوا **مما جعلكم مستخلفين فيه** » .

ويقول الفخر الرازي : وان الفقراء عيال الله ... والاغنياء خزان الله ، لأن الأموال التي في أيديهم أموال الله ، ولولا أن الله تعالى ألقاها في أيديهم لما ملكوا منها حبة ... فليس بمستبعد أن يقول الملك لخازنه : اصرف طائفة مما في تلك الخزانة الى المحتاجين من عبيدي[2]» وبهذا يظهر جانب من وظيفة المال الاجتماعية في نظر الشريعة ، وهي الانفاق في سبيل الصالح العام ، والاستخلاف - كما ذكرنا - يقتضي امتثال أمر المستخلف المالك الأصيل ، في **الانفاق في الوجوه المرسومة** ، والانفاق في غير هذه الوجوه تعسف وظلم ، كما أن الايمان يقتضي الامتثال في التصرف حسبما سن الله تعالى ورسم[2] .

ومما يؤكد وظيفة المال الاجتماعية أمران :

---

(١) الكشاف جـ ٣ ص ١٦٢ ، تفسير البيضاوي ص ٧١٥ في تفسير سورة الحديد آية/٧ .

(٢) تفسير الفخر الرازي ، سورة الحديد / آية /٨ .

الأول : أن تضييعه في غير مصلحة محرم ، فاستعمال حق الملكية مقيد بالوجوه التي رسمها الشارع الحكيم .

يقول القرافي : « فحجر الرب تعالى برحمته على عبده في **تضييع ماله الذي هو عونه على أمر دينه ودنياه وآخرته ، ولو رضي العبد باسقاط حقه في ذلك لم يؤثر رضاه**[1] » « وكذلك حجر الرب تعالى على العبد في القاء ماله في البحر وتضييعه من غير مصلحة ، ولو رضي العبد بذلك لم يعتبر رضاه[2] » .

وفي الحديث : « نهى رسول ﷺ عن قيل **وقال وكثرة السؤال واضاعة المال** » .

ولذا كان مكلفاً بتثمير المال على اعتبار أن عدم التثمير من إضاعة المال، أما إنفاقه في وجوه البر العامة فليس الغرض فيه مقصوراً على الزكاة بما هي **حق** يصرف في مصارفه المعروفة، بل يتقرر **حق الجماعة** في مال الفرد بما يسد الضرورة وما يدفع الحاجة ، ولاسيما اذا داهم البلاد خطر محدق، وخلا بيت المال ، إذ نجد السنة تقرر «**ان في المال حقاً سوى الزكاة** » .

يقول الامام القرطبي : واتفق العلماء على أنه اذا **نزلت** بالمسلمين حاجة بعد أداء الزكاة ، فانه يجب صرف المال اليها - قال مالك رحمه الله « يجب على الناس فداء أسراهم وإن استغرق ذلك أموالهم وهذا إجماع أيضاً[3] »

وروى أبو عبيد في الأموال وابن حزم في المحلى :

---

(١) الشاطبي جـ ٢ موافقات ص ٣٢٢ الهامش .

(٢) لان المال تعلق به مقصد اساسي من مقاصد الشريعة ، فالمال ، وان كان للفرد فيه حق الا ان حق الله هو الغالب، فلا يجوز هنا اسقاط الفرد حقه لانه يؤدي الى اسقاط حق لله مغلب، وذلك لايجوز.

(٣) جـ ٢ قرافي ص ١٤١ .

(٤) الجامع لاحكام القرآن جـ ٢ ص ٢٤٢ .

« عن أمير المؤمنين علي كرم الله وجهه ، أنه قال : إن الله تعالى فرض على الأغنياء في أموالهم بقدر مايكفي فقراءهم، فان جاعوا أو عروا أو جهدوا فبمنع الأغنياء ... وحق على الله تعالى أن يحاسبهم يوم القيامة ويعذبهم عليه [1] » .

وتتلخص النظرة الواقعية للمال في الشريعة الاسلامية في :

١ ـ أن المال لله تعالى ، والفرد مستخلف يؤدي وظيفته الاجتماعية **انفاقاً** وتنمية **وتثميراً** في الحدود المرسومة .

٢ على ان هذه النيابة لاتعني انتفاء مصلحته الخاصة في هذا المال؛ بل هي المنظور اليها أولاً، فتقرير الشريعة الاسلامية لحق الملكية اصبح امراً معلوماً من الدين بالضرورة، والادلة على ذلك مبثوثة في الكتاب والسنة سنذكرها في موضعها، ولكن استعماله لحق الملكية مقيد بمنع الاضرار بالغير ، وتقوم نظرية التعسف باقامة **التوازن** بين المصلحة العامة والخاصة على النحو الذي بيناه آنفاً .

الثاني: ان النيابة والخلافة في التصرف في المال ـ وهو مال الله **والجماعة** ـ التي تصح اذا كان النائب او المستخلف ذا أهلية كاملة ، اما اذا كان عديمها او ناقصها لصغر اوعته او سفه حجر عليه في التصرف فيه؛ اذ ليس في وسعه اداء وظيفته هي **التنمية والتثمير او الانفاق** في الوجوه المشروعة، وفي ميزان التوسط والاعتدال. قال تعالى : « ولا تؤتوا السفهاء **اموالكم التي جعل الله لكم قياماً** » وفي اضافة المال الى ضمير الجماعة اشارة الى أن الفرد نائب عنها في التصرف، واشارة **الى مسئولية الجماعة** عن تصرف الفرد سفهاً في مالها .

قال الامام ابو بكر بن العربي: « لان الاموال مشتركة بين الخلق ، تنتقل من يد الى يد ، ومن ملك الى ملك ـ وهذا ـ أي قوله تعالى : ولا تؤتوا السفهاء اموالكم . كقوله تعالى : ولا تقتلوا انفسكم ـ معناه لا يقتل بعضكم بعضاً ـ

---

(١) الاموال لابي عبيد ص ٥٩٥ ، المحلى لابن حزم ج ٦ ص ١٥٨ ، الاعتصام للشاطبي ج ٢ ص ٢١ .

فيقتل القاتل فيكون قتل نفسه ، وكذلك اذا اعطى المال سفيهاً فأفسده، رجع النقصان الى الكل [1] » .

فاذا كان من وظيفة الفرد في المال انفـــاقه في وجوه الخير والصالح العام كما تقدم، فمن وظيفته ايضاً تثميره وتنميته؛ لأن ذلك ضرب من صيانته والمحافظة عليه.

ويقول الزمخشري في السفهاء : « انهم المبذرون اموالهم الذين ينفقونها فيما لا ينبغي ، ولا يد لهم باصلاحها **وتثميرها والتصرف فيها** » .

فالسفه يشمل معنيين :

١ – انفاق المال فيما لا ينبغي .

٢ – وعدم القدرة على تثميره وحسن التصرف فيه .

فالسفيه فقد اهليته في تثمير مال الجماعـة ، اي اخلّ بالوظيفة الاجتماعية ، **فمال الجماعة يتأثر بما ينال مال الفرد بسبب السفه في النفقة او سوء الاستغلال .**

الفرد مأمور بالاعتدال في نفقته الخاصة حتى في وجوه البر لما يأتي :

اولاً – ان الفرد مقيد الحق في الانتفاع بالمباح والاستمتاع بـه من المطعم والمشرب والملبس ، قال تعالى : « وكلوا واشربوا ولا تسرفوا انـــه لايحب المسرفين » وقال تعالى : « والذين اذا انفقوا لم يسرفوا ولم يقتروا وكان بين ذلك قواماً » وقال تعالى :« ولا تجعل يدك مغلولة الى عنقك ولا تبسطها كل البسط فتقعد ملوماً محسوراً » [2] والى هـــذا يشير الشاطبي بما معناه : فانتفاع العبد بالطيبات جعله الله حقـاً من حقوقه ، اي حقوق الفرد ، قال تعالى : « قل من حرم زينة الله التي أخرج لعباده والطيبات من الرزق قل هي للذين آمنوا » .

فجعل ذلك حقاً له ؛ لكن لا مطلقاً ؛ بل حسبما سنّ له ورسم [3] .

ثانياً – والفرد مقيد في استعمال المباح حتى في وجوه البر : من صلة القربى

---

(١) احكام القرآن لابن العربي جـ ١ ص ١٣٣ .

(٢) الاسراء : ٢٦/٢٧ .

(٣) الموافقات جـ ٢ ص ٣٢٢ و ص ٣٢٣ ، وانظر الهامش ايضا .

والمساكين ، وابن السبيل ، قال تعالى : « وآت ذا القربى حقه ، والمسكين ، وابن السبيل ، ولا تبذر تبذيراً ، إن المبذرين كانوا اخوان الشياطين ، وكان الشيطان لربه كفوراً » .

وروي ان رجلاً اتى النبي ﷺ ببيضة من ذهب اصابها في بعض المغانم، فقال: **خذها** مني صدقة ، فأعرض ﷺ عنه ، حتى كرر مراراً ، فقال هاتها **مغضباً** ، **فأخذها** فحذفها حذفاً لو أصابه لشجّه ، ثم قال : يأتي احدكم بماله كله **يتصدق** به ويجلس يتكفف الناس ، انما الصدقة عن ظهر غنى[1] » .

ثالثاً — ان المال — اذا كان له وظيفة اجتماعية — وجب استعماله فيما **يحقق** هذه الوظيفة ، وهذا الواجب ذو وجهين : **ايجابي وسلبي** .

أ — **اما الايجابي**: فهو **الانفاق** ، في سبيل الله . وهو **الصالح العام** ، فضلاً عن اداء ما فرض الله فيه حقاً للفقراء والمصارف الاخرى للزكاة ، لان « **في المال حقاً سوى الزكاة** » .

ب — وواجب ايجابي أيضاً ، وهو التثمير والحفظ والتنمية ، وقد مر بنا قول القرافي في **تحريم تضييع المال والقائه في البحر عبثاً ولو رضي صاحبه** ، ذلك ؛ لانه يناقض هذا الواجب الايجابي من الوظيفة ، وهو الحفظ والتنمية والتثمير ، حفظاً لحق الفقير والثروة العامة ، لذلك اعتبر من حق الله خالصاً في حق الفرد ، فلا يجوز اسقاطه[2] ، كما اشرنا الى قول (الزمخشري) ان الحجر على السفهاء لعلة انهم عاجزون عن **الاصلاح والتثمير** ، اي فقدوا اهلية ذلك ، فتبين ان الحجر عليهم لتعطيلهم هذه الوظيفة .

ثم ألا يعتبر اهمال المال — كاهمال زراعة الارض — وحبس المال عن التداول ، **باكتنازه** — دون توظيفه **كوسيلة للانتاج** — تضييعاً للمال المنهي عنه بالنص ، الواقع ان تحريم الاكتناز يشير الى هذه الوظيفة .

---

(١) انظر تفسير البيضاوي ص ٤٧ .

(٢) الموافقات جـ ٢ ص ٣٢٢ وما بعدها .

ثم اذا كانت حالة البلاد تقتضي هذا التثمير والتنمية كفاء لحاجة اهلها من الرزق ، وكان التقاعس عن ذلك يوقع البلاد في عسر ومشقة، أفليس من المصلحة اذن حمل هؤلاء على القيام بواجبهم هذا ، اداء لحق الفقراء من جهة ، وجماعة المسلمين بعامة من جهة أخرى، واذا كان لايجبر أحد على ان يتصرف في ملكه؛ أفلا يخص منها هذه الحالة بالمصلحة ، اذ المصلحة الحاجية اذا بلغت مبلغ الضرورة تخصص النص ، كما نقلنا ذلك عن السيوطي « **الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت ام خاصة** » فانها تعتبر وتخصص بها النصوص ، وأورد امثلة على ذلك [1] ونقصد بالحاجة المنزلة منزلة الضرورة ما يعم بلواها ، ويغلب عسر الانفكاك عنها ، بحيث لو لم تتحقق لوقع الناس في ضيق شديد وحرج عظيم .

والواقع ان تخصيص النص العام بهذه المصلحة ليس تخصيصاً بالمصلحة مجردة بل **بالنصوص النافية للحرج** ، مثل قوله تعالى :

« ما جعل عليكم في الدين من حرج » وقوله تعالى « يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر » ومن فروع هذا الاصل :

١ ــ هدم الابنية لتوسيع المجرى العام اذا تعين لذلك ، لازالة الضرر ، وهو تخصيص للنصّ العام القاضي بحرمة الاموال في قوله ﷺ « ان دماءكم واموالكم واعراضكم عليكم حرام » .

٢ ــ التسعير الجبري اذا غلا[2] السعر ودعت اليه حاجة الجماعات ، لما قدمنا.

٣ ــ اجبار الصناع على العمل باجر المثل اذا خيف ان تتعطل المصانع، وهذا تخصيص للنصوص العامة الموجبة للرضى في العقود، كقوله ﷺ «لايحل مال امرىء مسلم الا بطيب من نفسه » بل ويعاقبون اذا امتنعوا منعا من احتكار المنافع.

---

(١) وهو شافعي المذهب ، والشافعية اقل المذاهب اخذا بمبدأ المصلحة ، ومع ذلك قالوا بان المصلحة الحاجية تخصص النص ، الاشباه ص ٨٩ و ٩٠ للسيوطي .

(٢) الطرق الحكمية ص ٢٨٩ وما بعدها .

٤ – اجبار المالك على أن يسكن في بيته[1] من لامأوى له اذا كان فيه فراغ متسع ، ولا يتضرر المالك ، ، كما نقلنا ذلك عن ابن قيم الجوزية .

٥ – فرض الامام العادل ضرائب في مال الاغنياء ، بالقدر الذي يكفي لدرء خطر طارىء على البلاد [2] اذا خلا بيت المال ،وكان لايدفع الا بذلك ، تخصيص للنص القاضي بتسلط الناس على اموالهم ، بهذه المصلحة .

المسئولية الفردية تستتبع حرية مقيدة :

يستلخص من كل ما تقدم ان الشريعة الاسلامية ترسي مبدأ المسئولية الفردية : مسئولية الفرد قبل نفسه ، ومسئوليته قبل غيره ، وذلك يستتبع بالضرورة حرية مقيدة ، وقد اقمنا الادلة على ذلك ، وقلنا ان هذه المسئولية تجعله من الناحية النظرية ذا شخصية مستقلة ،ولكنها مرتبطة بالجماعة ارتباط تعاون على البر ، وتضامن في الخير المشترك والصالح العام ، كما انها تجعله اهلًا للتعاقد والتملك من الناحية العملية ، فضلًا عن انها من الناحية الخلقية والدينية تثير وجدانه ،وتوجهه نحو اتقان العمل ، والصبر عليه ، والاخلاص في ادائه .

كما نرى – الى جانب السيوطي – العز بن عبد السلام يوجب **إعمال المصلحة** ولو لم يكن فيها نص ولا اجماع ولا قياس خاص ، اذا كانت تجلب منفعة او تدرأ مفسدة ،ويخصص بها النص ، لان فهم نفس الشرع يوجب ذلك ؛ اذ يقول : « ومن تتبع مقاصد الشرع في جلب المصالح ودرء المفاسد ، حصل له من مجموع ذلك اعتقاد او عرفان بأن هذه المصلحة **لايجوز اهمالها**،وان هذه المفسدة لايجوز قربانها ، وان لم يكن فيها اجماع ولا نص ولا قياس خاص ؛ فان فهم نفس الشرع يوجب ذلك[4] » .

---

(١) كتاب ابن حنبل،للاستاذ ابي زهرة ص ٣٠١ .

(٢) الاعتصام للشاطبي ج ٢ .

(٣) راجع ص ٣٠ ومابعدها .

(٤) القواعد ج ١ ص ١٥٩ ومابعدها .

وقد قدمنا امثلة من عمل **الأئمة بالمصلحة في** مقابلة النصوص الدالة على عدم قربان مال الغير والانتفاع به ؛ منعا للتعسف في استعمال الحق ، اي منعاً للضرر اللاحق بالغير فرداً كان أم جماعة .

والخلاصة :

أن الامتناع عن أداء وظيفة المال الاجتماعية في مثل هذه الحالات التي سقناها **تعسف في استعمال الحق** ، اذ التعسف كما يكون في التصرف **الايجابي** ، يكون في التصرف السلبي ايضاً ، وبهذا يكون التصرف في حق الملكية ايجابا او سلبا ـ اذا أدى الى الاضرار بمصلحة خاصة او عامة على النحو الذي بينا ـ تعسفاً في استعمال الحق ، وتثور المسئولية ، ويترتب الجزاء .

* * *

الفصل الرابع

الحق والإباحة في الفقه الإسلامي

المبحث الاول : أنواع الحقوق: الحق الذاتي، والحق الغيري أو الوظيفي ، ـ المنزلة الوسطى ـ الحق التقديري .

المبحث الثاني : تعريف الحق لغة ـ تعريفه عند الاصوليين ونقده ـ تعريفه عند الفقهاء القدامى ونقده ـ تعريفه عند المحدثين ونقده ـ تعريفنا للحق وتحليله وبيان صلته بنظرية التعسف .

المبحث الثالث : تعريف الاباحة عند الفقهاء القدامى ـ تعريفها عند الاصوليين ـ تعريفها عند القانونيين والفقهاء المحدثين ـ تعريفنا للاباحة وتحليله وبيان صلته بنظرية التعسف .

المبحث الرابع : علاقة الحق بالحكم ـ الحق وسيلة ـ الوظيفة الاجتماعية للحق

المبحث الاول

الحقوق الذاتية والحقوق الغيرية أو الوظيفية

يرى بعض فقهاء القانون ، ان الاصل في الحقوق أن تكون المصالح فيها ذاتية ، أي يستأثر بها اربابها ذلك ؛ لان الحق اختصاص شخص بمصلحة ما ـ

مادية كانت أم معنوية [1].

غير أن ثمة طائفة من الحقوق، كحقوق الاسرة مثلا[2]، لا تعود المصلحة فيها على من تقررت لهم، لانها عبارة عن سلطات قررها الشارع[3] لبعض أفراد الاسرة على بعضهم الآخر، تقترن بواجبات مفروضة على صاحب الحق، والمصلحة فيها غيرية لا ذاتية؛ إذ لم تتقرر هذه الحقوق لاصحابها لرعاية أشخاصهم، بل لرعاية مصلحة الاسرة بمجموعها، ومن ورائها مصلحة المجتمع، فالمصلحة فيها عامة.

وفي الفقه الاسلامي حق التأديب للاب على طفله مثلا، لا يسع الأب الامتناع عن القيام بما يفرضه عليه هذا الحق من واجب التأديب والتهذيب والتعليم، كما لا يسعه التقصير والاهمال فيه فضلاً عن أن يتعمد اساءة توجيهه؛ لانه مأمور برعاية الأنظر والأصلح له، وإلا حُرِم هذا الحق، ولذا يغلب على هذا الضرب من الحقوق صفة الواجب والوظيفة، يقول الشاطبي: إن الاب في طفله أو الوصي في يتيمه، أو الكافل فيمن يكفله، مأمور برعاية الأصلح له [4]».

---

(١) محاضرات في نظرية الحق للدكتور اسماعيل غانم ص ١٤، نظرية الحق للدكتور الشرقاوي هامش ص ٢٤٠.

(٢) وهي حقوق تستند في ثبوتها لاربابها الى مايوجد بين الافراد من صلات الزوجية والقرابة كحق التأديب: تأديب الأب لصغيره، وتأديب الزوج لزوجته. وحق الولاية على المال، وحق الحضانة، وحق الكفالة، راجع الحق والذمة للاستاذ الشيخ علي الخفيف ص ١٨٩ و ١٩٠.

– محاضرات في النظرية العامة للحق ص ٥٢، الحق والذمة للشيخ علي الخفيف ص ٥٧.

(٣) المدخل للدكتور البدراوي ص ٥٧٤ و ٥٧٥.

(٤) الاعتصام للشاطبي جـ ٢ ص ١٢٢، ويعبر بعض الفقهاء عن الامر او الوجوب، بالطلب.

يقول قدري باشا في كتابه الاحوال الشخصية مادة ٣٦٥ «يطلب من الوالد أن يعتني بتأديب ولده وتربيته وتعليمه.. الخ. وانظر: السرخسي جـ ٢ ص ٢٤٤ وفتح القدير جـ ٣ ص ١٩٤/١٩٦، وتبيين الحقائق للزيلعي جـ ٢ ص ١٣٠/١٣٢ – جامع=

ويتفق الفقه الاسلامي[1] في النظر الى هذه الحقوق مع الفقه القانوني[2] ، من حيث اعتبارها حقوقا تجب على اصحابها مباشرتها واستعمالها ؛ لذا تبدو هذه الحقوق مزيجا مركبا من **الحق والواجب معاً**[3] .

والحكمة الغائية في التأديب، أن الشرع قدر أن مصلحة الأسرة بجموعها، ومن ورائها مصلحة المجتمع ، تقتضي أن يكون لبعض افرادها سلطة على بعضها الآخر، وان تؤيد بتوقيع جزاء مقدر في حدود معينة،اذا ما انحرف أو خرج على الاسرة ، وهي مصلحة ترقى الى اعتبارها حقاً للمجتمع[4] ، أو تربو على حق الخاضع للتأديب في سلامة جسمه وصونه عن الايذاء والايلام ، وهو في الواقع استثناء من أصل عام مقرر في الشريعة ، هو عصمة الانسان عن ايذائه وايلامه.

فوضح اذن انه حق لم يتقرر ميزة للاب ؛ لتمكينه من استغلال اولاده في مصلحته الشخصية وإلا كان متعسفاً ومنحرفاً عن الغاية التي من أجلها منح هذه السلطة ، وإنما تقرر من أجل مصلحة الاولاد أنفسهم، التي تعود بالتالي على الاسرة بأكملها .

ونضرب لذلك مثلاً آخر،حق الكفاءة؛فهو يتعلق بالنسب وتأسيس القرابات، فالمصلحة فيه عامة تعود على الاسرة والمجتمع،ولذا لايجيز الشارع عَضْل الولي،أي

= الفصولين ج ٢ ص ٢٠/٢١ ، بداية المجتهد ج ٢ ص ١٤ والمدونة ج ٤ ص ٥ - كشاف القناع ص ٣٧١ ج ٣، في الولاية على المرأة والصغير ،وانها مقيدة بالنظر والمصلحة .

(١) الاعتصام للشاطبي ج ٢ ص ١٢٢ .

(٢) انظر : نظرية الحق للدكتور جميل الشرقاوي ص ٣٦ ، وهامش ص ٢٤٠ ، الوجيز في الحقوق المدنية للدكتور عدنان القوتلي ص ٢٩٠ ، والمدخل للعلوم القانونية للدكتور البدراوي ص ٥٧٥ محاضرات في النظرية العامة للحق للدكتور احمد سلامة ص ٥٢ نظرية الحق للدكتور اسماعيل غانم ص ١٤ .

(٣) الوجيز في الحقوق المدنية للدكتور القوتلي ص ٢٩٠ .

(٤) الوجيز في الحقوق المدنية عدنان القوتلي ص ٢٩٠

امتناعه عن تزويج من هي في ولايته من الكفء ، لما في ذلك من تعسف يلحق الضرر بتلك المصلحة، **اذ لم يتقرر هذا الحق لمصلحته الخاصة**، ولذا جاز للمرأة أن ترفع أمرها الى القاضي؛ ليزوجها ممن رضيت به إذا كان كفؤاً؛ صوناً لمصلحة البنت والأسرة على السواء ، ودرءاً للتعسف [1] .

كما أن ولي الأمر أو القاضي – وقد منح هذا الحق في حالة عدم وجود ولي خاص أو في حالة وجوده مع عضله بغير وجه حق - لا يجوز له التنازل عن حق الكفاءة هذا ؛ لانه حق عام لجماعة المسلمين .

يقول السيوطي في الاشباه والنظائر [2]: ليس له - للامام ومن باب أولى القاضي وهو نائبه- أن يزوج امرأة - أي لا ولي لها - بغير كفء وان رضيت؛ لان حق الكفاءة للمسلمين، وهو كالنائب عنهم، فلا يقدر على اسقاطه[3]» لانه كما يقول رجال القانون متعلق بالنظام العام، وتلك آية كونه حقاً عاماً .

وما قلنا في حقوق الاسرة نقوله في الحدود، وهي التي سماها الاصوليون «بحقوق الله »، تعظيما لشأنها، لما يتعلق بها من النفع العام، واخلاء العالم عن الفساد، وصون أمن الجماعة، فالشارع اسندها الى ولاة الامر، ومن البين أن المصلحة فيها ليست راجعة الى من وكل اليه ممارستها من رجال السلطة العامة في الدولة، ولا الى فرد بعينه؛

---

(١) راجع في « عضل الولي » احكام القرآن للجصاص ج ٢ ص ٤٧٢ ، بداية المجتهد ج ٢ ص ١٣ تفسير الطبري ج ٥ ص ١٨ ، انفع الوسائل ص ٢٠ ، الجامع لاحكام القرآن للقرطبي ج ٣ ص ١٥٧ .

(٢) الاشباه والنظائر للسيوطي القاعدة الخامسة « تصرف الامام على الرعية منوط بالمصلحة ،والاشباه والنظائر لابن نجيم المادة الخامسة ص ١٥٧ .

(٣) ويعلق الحموي على كلام ابن نجيم في هذه المسألة بقوله : لان الحق للعامة ، والامام نائب عنهم فيما هو انظر لهم ، وليس من النظر اسقاط حقهم » الاشباه والنظائر لابن نجيم ، القاعدة الخامسة هامش ص ١٥٧ ، والاعتساف في هذا جاء من قبل أن الاسقاط لامصلحة فيه ؛ فهو تصرف على نحو لا يحقق المصلحة ؛ بل فيه اهدارها.

بل الى المجتمع كله ، وهي حقوق مفروضة لايجيز الشرع اسقاطها[1] او التهاون في اقامتها بحال .

واذا كانت هذه الحقوق «وظيفية » يقترن فيها الحق بواجب مفروض الاداء ، فهل تعتبر حقوقاً بالمعنى الصحيح ، أو هي مجرد وظائف محددة ؟

واذا كانت نوعا من الحقوق ، فهل يتصور فيها التعسف ، أو لايمكن التمييز فيها بين التعسف وبين الخروج عن حدود الحق ؟

رأي فقهاء القانون :

أما في المسألة الاولى ، فيرى بعض فقهاء القانون ، أن الحقوق الوظيفية لاتعتبر حقوقاً بالمعنى الدقيق ، فالحق هو ما كانت فيه المصلحة ذاتية [2] ، ويرى آخرون منهم ، انها حقوق في نظر القانون ؛ إذ لا يشترط القانون في الحق أن يكون المصلحة مقررة لصاحبه ، فقد تكون مقررة لشخص سواه ، أو للمجتمع[3] .

في الفقه الاسلامي :

أما الفقه الاسلامي ، فلا يعرف هذه التفرقة ، فسواء أكان الحق مقرراً لشخص معين ، لمصلحته الذاتية أو من أجل مصلحة الاسرة ، أم للسلطة العامة

---

(٢) الا في ظروف خاصة ، نص عليها الفقهاء لمصلحة راجحة ، فيجوز ارجاؤها كما في حالة الغزو ، وذلك بنص الشارع ، كما في قول الرسول عليه الصلاة والسلام « لاتقطع الايدي في الغزو » وقاسوا على حد السرقة سائر الحدود ، خشية أن يلحق المحدود بالاعداء .

(٣) محاضرات في نظرية الحق ، اسماعيل غانم ص ١٤ .

(٤) اسباب الاباحة للدكتور نجيب حسني ص ٦١ ، راجع الحق والذمة ص ١٩٠ .

لمصلحة المجتمع ، فهو حق بالمعنى الفقهي ، ولم نر في تقسيم الاصوليين للحق قسماً خاصاً بالحق الوظيفي هذا ، بل جعلوا حق الله قسيماً لحق الفرد .

وقد أكد هذا المعنى بعض الفقهاء المحدثين بقوله : « ويكفي في إطلاق اسم الحق على المصلحة أن يترتب عليها فائدة ولو لغير المنسوبة اليه[1] » . وثمرة الخلاف تظهر في مجال تطبيق نظرية التعسف .

ومن اعتبرها مجرد سلطات محددة لتحقيق مصلحة الغير دائماً ، لا لتحقيق مصلحة لصاحب الحق ، فان التمييز فيها بين التعسف وبين الخروج عن حدود الحق أمر عسير ؛ بل لا يتصور فيها التعسف ؛ لأن كل استعمال لهذه الحقوق لا يؤدي الى تحقيق مصلحة الغير يعتبر خروجاً عن نطاقه ، وفعلاً غير مشروع أصلاً[2] .

وعندي ، أن الحقوق ـ على اختلاف أنواعها ـ مادامت قد شرعت لمصالح معينة ، فلا مرية أن مقصد الشارع هو تحقيق هذه المصالح ؛ لأنها لأجلها شرعت ، فسواء أكانت هذه المصالح ذاتية أم غيرية ، فالانحراف عنها متصور ؛ فلا مجال للقول بأن الحقوق الغيرية لا يتميز فيها التعسف عن المجاوزة ، إذ قد يتصور التعسف ضمن حدود السلطة ، وفي استعمال الفعل المشروع ، ولنضرب لذلك مثلاً حق التأديب ، اذا غلب على الظن أن الصغير لا يصلحه أي نوع من الضرب ، لا يجوز تأديبه ولو بغير المبرح ـ وهو المشروع ـ ذلك ؛ لأنه مادام لا يفضي الى مقصود ، فاستعمال الفعل المشروع في ذاته ، وفي نطاق الحدود التي رسمها الشرع تعسف . وقد بين هذا الأصل الأصولي المحقق[3] العز بن عبد السلام في كتابه القواعد إذ يقول في ضرب الصبيان على ترك الصلاة والصيام وغير ذلك من المصالح :

---

(١) الحق والذمة ، للاستاذ الشيخ علي الخفيف ص ٣٧ .

(٢) هذا هو رأي الفقيه البلجيكي « دابان » صاحب نظرية الاستئثار ، فيما نقله عنه الدكتور جميل الشرقاوي في كتابه نظرية الحق ، انظر هامش ص ٢٤٠ .

(٣) راجع القواعد للامام العز بن عبد السلام ، ص ١٠٢ و ١٠٣ ج ١ .

« فان قيل : اذا كان الصبي لا يصلحه إلا الضرب المبرح فهل يجوز ضربه تحصيلًا لمصلحة تأديبه ؟ قلنا **لا يجوز ذلك** ؛ بل لا يجوز أن يضربه ضرباً غير مبرح – وهذا هو المشروع – لأن الضرب الذي لا يبرح مفسدة [١] ، وإنما جاز – أي الاستثناء – لكونه وسيلة الى مصلحة التأديب [٢] ، فاذا لم يحصل التأديب سقط الضرب الخفيف كما يسقط الضرب الشديد، **لأن الوسائل تسقط بسقوط المقاصد** » .

وهذا هو عين التعسف، وهو استعمال أمر مشروع – سواء أكانت المشروعية أصلية أم طارئة – لا لتحقيق المصلحة التي من أجلها شرع الحق ؛ بل للعبث أو لمفسدة راجحة ؛ لأن الوسائل – وهي الحقوق – لم تشرع لذاتها ؛ بل لثمرتها المرجوة منها ، وكل تصرف تقاعد عن تحصيل مقصوده باطل، وهذا الأصل يمكن تطبيقه في الحدود ، وهي حقوق الله – والمصلحة فيها راجعة الى المجتمع – على ولي الأمر إقامتها اذا تيقن أو غلب على ظنه تحقيق المصلحة العامة التي توخاها الشارع ؛ ولكن إذا تيقن أو غلب على ظنه ان إقامة هذه الحدود – في ظرف ما – لا تفضي الى المصلحة التي شرعت من أجلها ، لا بالنسبة لفرد بعينه ، بل بوجه عام ، كأن يترتب على إقامة الحد من المفسدة ما يساوي المصلحة أو يربو عليها ، فان إقامة الحد في هذا الظرف – كالغزو مثلًا – ترجأ ، وليس في هذا إسقاط لحق الله الذي لا يملك أحد إسقاطه ؛ بل فيه نظر الى هذه الحدود بالنسبة للناس في ظرف معين ، فيرجأ الى أن يزول الظرف ، وإلا فما معنى قول الرسول ﷺ « لا تقام الحدود في الغزو » ؟ الحكمة الظاهرة هي درء مفسدة لحاق المحدودين بأهل الشرك ، وهي مفسدة عظمى تربو على مفسدة إرجاء إقامة الحد ، أو مصلحة الردع والزجر في هذ الظرف المعين .

فإقامة الحدود أمر مطلوب من ولي الأمر ، وهو إذا فعل لم يكن خارجاً

---

(١) أي بحسب الاصل.

(٢) أي لرجحان مصلحة التأديب على مفسدة الايذاء .

عن حدود حقه، ولا مجاوزاً إياه ؛ ولكن بالنظر الى أن تصرفه في ظرف معين ، يترتب عليه مفسدة عظمى[1] أربى من مفسدة إرجاء إقامة الحد كان متعسفاً ، فالإرجاء هنا لمصلحة راجحة . ويقول الامام أبو يوسف ما نصه : « لا ينبغي أن تقام الحدود في المساجد ، ولا في أرض العدو » .

وحدثنا الاعمش عن ابراهيم عن علقمة قال : « غزونا أرض الروم ، ومعنا حذيفة، وعلينا رجل من قريش، فشرب الخمر، فأردنا أن نحده، فقال حذيفة : «تحدون أميركم وقد دنوتم من عدوكم فيطمعون فيكم ؟ وبلغنا أن عمر رضي الله عنه أمر أمراء الجيوش والسرايا ألا يجلدوا أحداً حتى يطلعوا من الدرب قافلين، وكره أن تحمل المحدود حمية الشيطان على اللحوق بالكفار[2] » .

هذا، واذا نظرنا الى إرجاء حد الحامل والمرضع الى أن تضع حملها، أو يستغني وليدها عن لبنها ، رأينا أن ذلك إنما كان رعاية لمصلحة أدنى من مصلحة جميع المسلمين .

ولو كان هذا خروجاً عن حدود الحق لما جازت إقامته في أي وقت ، لأن المجاوزة اعتداء ، ولا يجوز الاعتداء بحال ؛ لأنه ظلم .

فثبت أن التعسف يمكن أن يكون في الحقوق الغيرية ، كما يكون في الحقوق الذاتية على حد سواء .

المنزلة الوسطى[3] :

هذا وقد أشار القرافي في فروقه الى منزلة وسطى بين الحق والرخصة ، فصاحب هذه المنزلة هو « من جرى له سبب يقتضي المطالبة بالتمليك » وهل يعد

---

(١) لا بالنسبة الى فرد بعينه ، لان تخلف الحكمة عن العلة امر لايقدح في علبتها ، بل بالنسبة الى جماعة المسلمين في ظرف ما .

(٢) الخراج لابي يوسف ص ١٧٨ ط اولى بولاق سنة ١٣٠٢ .

(٣) الفروق للقرافي ج ٣ ص ٢١/٢٠ .

مالكاً أو لا ؟ ذكر القرافي أنه « قد يختلف في هذا الأصل في بعض الفروع.

فالشفيع مثلاً قد انعقد له بسبب المطالبة بأن يتملك البيع بالشفعة ، ولا خلاف في أنه غير مالك[1] .

وللمجاهد حق المطالبة بالقسمة والتمليك اذا حيزت الغنيمة ؛ لأنه انعقد له سبب المطالبة ، ولكن هل يعد مالكاً أم لا ؟ قولان : فقيل يملك بالحوز والأخذ ، وهو مذهب الشافعي (رضي الله عنه) وقيل : لا يملك إلا بالقسمة وهو مذهب مالك رحمه الله .

ويقابل القرافي مابين المنزلة الوسطى هذه وبين الرخصة ، فيقول عن صاحب الرخصة : « من ملك أن يملك » وعن صاحب المنزلة الوسطى « من جرى له سبب يقتضي المطالبة بالتمليك » وينكر على الأول أن يكون مالكاً ، ويجعل الثاني محلاً للنظر[2] .

الحقوق التقديرية أو المطلقة[3] :

يتجه الفقه الفرنسي الى إخراج نوع من الحقوق من نطاق نظرية التعسف ، ويطلق عليها الحقوق المطلقة أو التقديرية ، وهي التي لا تخضع في دوافع استعمالها أو نتائجه لرقابة القضاء ، بل يترك ذلك لمحض تقدير أصحابها[4] .

ويبرر أصحاب هذه الفكرة هذا الاطلاق والتقدير ومنهم « جوسران » بأن

---

(١) المرجع السابق ص ٢١/٢٠ ، ويقول الدكتور عبدالرزاق السنهوري : « هي دون الملك وفوق الرخصة » مصادر الحق ج ١ ص ٨ .

(٢) مصادر الحق للسنهوري ج ١ ص ٦ .

(٣) اصول القانون للدكتور كيره ص ١١٤٣ و ص ١١٤٤ ومحاضرات في النظرية العامة للحق ، للدكتور اسماعيل غانم ط ثانية ص ١٦٧ .

(٤) اصول القانون ، حسن كيره ص ١١٤٣ .

لهذا النوع من الحقوق ـ كحق الطلاق ،وحق الإيصاء، وحق الشريك على الشيوع، والحق الأدبي للمؤلف – حدوداً موضوعية معينة تعييناً دقيقاً يغني عن الحدود الشخصية – البواعث والدوافع – التي تقيمها نظرية التعسف .

ويبرر بعض آخر هذه الفكرة بأن تقدير الدوافع في مثل هذه الحقوق ، أمر يستعصي على القضاء ، فلا بد أن يترك استعمال هذه الحقوق لمحض تقدير أصحابها [1] .

المنزلة الوسطى والحقوق التقديرية في الفقه الاسلامي وصلتها بنظرية التعسف:

والذي يعنينا من بيان المنزلة الوسطى وبيان الحقوق التقديرية ، هو مدى خضوعها لاحكام نظرية التعسف، ولا مانع من أن نسارع الى القول بأن الشريعة الاسلامية لاتعرف هذه التفرقة بين الحقوق ، فالحقوق كافة بما يشمل الحقوق الذاتية والحقوق الغيرية والحقوق التقديرية، والمنزلة الوسطى بين الحق والرخصة، والرخص أو الحريات العامة، كل أولئك خاضع لاحكام نظرية التعسف، كما سيأتي بيانه في أدلة نظرية التعسف ، ومجال تطبيقها .

على ان ما أطلق عليه الفقه الفرنسي [2] اسم « الحق التقديري » ، هو الذي وردت النصوص به مقيداً بالامتناع عن الاضرار، كقوله تعالى : « من بعد وصية يوصى بها أو دين غير مضار» فكان هذا النص أصلاً من أصول نظرية التعسف

---

(١) محاضرات في النظرية العامة للحق، للدكتور اسماعيل غانم ط ثانية ص ١٦٧ .

(٢) جوسران ، وهو الفقيه الفرنسي المعاصر صاحب كتاب « روح الحقوق ونسبيتها » وكتاب « نظرية التعسف في استعمال الحق ».

المبحث الثاني

تعريف الحق في الفقه الإسلامي

مقدمة :

يستدعي البحث في نظرية « التعسف في استعمال الحق » النظر في تعريف « الحق » في الفقه الاسلامي وتحليله ، ومقارنة ذلك بمفهومه في الفقه القانوني ، لنتبين ماهية هذا الحق الذي يساء استعماله ، فقد جرى اطلاق كلمة « الحق » على كل مايخول صاحبه اختصاصاً واستئثاراً بموضوعه المعين دون سائر الناس « كحق الملكية» مثلاً ، كما جرى اطلاقها على الحقوق العامة والحريات [1] بما هو مباح للناس كافة الانتفاع بموضوعه على سبيل التساوي والاشتراك دون استئثار، فيقال حق التملك ، وحق التنقل ، وحق السير في الطريق العام ، وهكذا .

هذا ، وقد رأينا القرافي في فروقه يشير الى نوع آخر من الحق هو بمنزلة وسطى [2] بين الحق والاباحة ، كما رأينا فقهاء الغرب يأتون بتقسيم جديد للحقوق التي تورث صاحبها اختصاصاً ، فيميزون بين نوعين منها :

الأول – ما كانت فيه المصلحة ذاتية، أي تعود على ذي الحق نفسه « كحق

---

(١) التلويح على التوضيح ج ٢ ص ١٦٢ فقد ذكر ان الحقوق التي يتمتع بها الفرد باعتباره انسانا هي « الحرية والعصمة والمالكية » .

(٢) الفروق ج ٣ ص ٢٠ و ٢١ .

الملكية » وهذا الضرب من الحقوق هو الذي يتضمن مفهوم الحق بمعناه الدقيق .

الثاني ـ ما كانت المصلحة فيه غيرية لاذاتية، أي تعود على غير صاحب الحق، كحقوق الاسرة، وحق السلطة العامة، فحق الولاية على النفس والمال ثابتة للولي على صغيره، ولكن المصلحة عائدة على المولّى عليه، وحق ولي الأمر فيما يمارس من سلطة على الرعية، لمصلحة المجتمع، ولذا سميت هذه الحقوق غيرية أو وظيفية .

وهذا التقسيم للحقوق له علاقة بنظرية التعسف من ناحية نطاق تطبيقها ، وهو مايسمى بتحديد مجال تطبيق النظرية ، وهو محل خلاف في الفقه القانوني مما سنعرض له بالبحث لنتبين موقف الفقه الاسلامي في هذا الصدد .

الفرع الأول

تعريف الحق وتحليله

ونتناول فيه المباحث الآتية :

١ ـ تعريف الحق لغة
٢ ـ تعريفه عند الفقهاء المسلمين ونقده
٣ ـ تعريفه عند الاصوليين
٤ ـ تعريفه عند فقهاء المسلمين المعاصرين وتحليله ونقده
٥ ـ تعريفنا للحق وتحليله

المطلب الاول

تعريف الحق

لم نر ـ فيما بين ايدينا من كتب الاصول والفقه الاسلامي ـ تعريفاً للحق جامعاً مانعاً يبين خصائصه ، وعناصره التكوينية ، ويشمل جميع انواعه .

١ ـ تعريف الحق لغة :

يطلق الحق لغة على **الملك والمال والامر الموجود الثابت** ، او **الثبوت والوجوب** ، من حق الشيء اذا ثبت ووجب ، ومنه قوله تعالى : « لقد حق القول على أكثرهم فهم لا يؤمنون »[١] .

وكل ماورد من الاستعمالات اللغوية لكلمة حق يدور حول معنى الثبوت والوجوب .

المطلب الثاني

٢ – تعريف الحق عند الفقهاء :

لم يعن الفقهاء بتعريف الحق بمعناه العام في الشرع ، اعتماداً منهم على المعنى اللغوي لكلمة حق ، ولعلهم رأوا أنه من الوضوح بحيث لا يحتاج الى تعريف[٢] .

غير أن صاحب البحر الرائق ، عرفه بتعريف يكتنفه الغموض ، كما يلزم منه الدور ، فقال : « الحق مايستحقه الرجل »[٣] فلفظ (ما) عام ، يشمل الاعيان والمنافع والحقوق المحددة ، هذا فضلاً عن ابهامها ، كما أن الاستحقاق الوارد في التعريف متوقف على تعريف الحق ، وهذا يتوقف على معرفة الاستحقاق ،

---

(١) سورة يس آية : ٨ .

(٢) الحق والذمه للاستاذ الخفيف ص ٣٦ .

(٣) البحر الرائق جـ ٦ ص ١٤٨ .

فيلزم الدور ، وهو عيب في التعريف كما يقول المناطقة .

وفي شرح المنار : أن « الحق هو الشيء الموجود من كل وجه ، ولا ريب في وجوده » ومنه قوله عليه السلام : « السحر حق والعين حق » اهـ .

وهذا كما يبدو تعريف للحق بالمعنى اللغوي . ونقل عن شرح الكرماني للبخاري ، بان الحق حقيقة هو الله تعالى بجميع صفاته ؛ لانه الموجود حقيقة ، بمعنى لم يسبق بعدم ، ولم يلحقه عدم ، واطلاق الحق على غيره مجاز[1] .

المطلب الثالث

استعمالات الفقهاء للحق :

والمتتبع لكلمة حق في استعمالات [1] الفقهاء يرى أنهم لم يطلقوا الحق على **مفهوم واحد** ؛ بل على **معان مختلفة مأخوذة من المعاني اللغوية لكلمة حق** .

هذا ، وأطلق الفقهاء كلمة الحق في بعض الحالات على جميع الحقوق المالية وغير المالية ، فيقولون : حق الله وحق العبد[2] ، ويريدون أحيانا أخرى مرافق العقار ، كحق المسيل ، وحق الطريق[3] ، وأحيانا على ما ينشأ عن العقد من التزامات غير

---

(١) القاموس المحيط حـ ٣ ص ٢٢١ ، وراجع في الاستعمالات الفقهية للحق كتاب الحق والذمة - للاستاذ الشيخ علي الخفيف ص : ٣ وما بعدها ، وأحكام المعاملات الشرعية - للمؤلف نفسه ص ٣٠/٣٢ والمنار وحواشيه جـ ١ ص ٨٨٦ .

(٢) شرح المنار وحواشيه ص ٨٨٦ .

(٣) الحق والذمة للشيخ علي الخفيف ص ٣٤ ، احكام المعاملات الشرعية - للمؤلف السابق ص ٣٠/٣٢ .

الالتزام الذي يعتبر حكم العقد ، فعقد البيع حكمه نقل ملكية المبيع ، ومن حقوقه تسليم المبيع ودفع الثمن [1] .

يتضح من هذه التعريفات ـ على مافيها من ابهام وبعد عن تصوير ماهية الحق ـ انها تدور حول المعنى الواضح للحق بمعناه اللغوي من الوجود والثبوت.

نعم ورد تعريف لحق الملكية للحاوي القدي فيما نقله ابن نجيم [2] .. بأنه « اختصاص حاجز » وهو تعريف يكشف عن أهم خصيصة للحق بمعناه العام ؛ فالاختصاص جنس في التعريف ، والاختصاص جوهر كل حق ، وهو عبارة عن علاقة او رابطة بين شخص وشيء ، أو بين شخص وشخص تمنح صاحبها استئثارا على موضوعها [3] .

٣ ـ تعريف الحق عند الاصوليين :

عني الاصوليون بتقسيم الحق في « باب المحكوم به » وهو فعل المكلف الذي يتعلق به خطاب الشارع [4] ، وقد قسموه الى قسمين رئيسين : حق الله وهو « ما يتعلق به النفع العام لجميع العالم ، فلا يختص به واحد دون واحد . واضافته الى الله تعالى لعظيم خطره وشمول نفعه » [5] ، وحق

---

(٤) مصادر الحق للدكتور السنهوري ج ١ ص ٩ .

(١) الاشباه والنظائر ج ١ ص ١٢١ ، وراجع المدخل الى نظرية الالتزام للاستاذ مصطفى الزرقاء ج ٢ هامش ص ٣٩ .

(٢) تنبه الفقيه البلجيكي « دابان » الى تعريف الحق بالاختصاص ، أو الاستئثار ، وسميت نظريته الحديثة « بنظرية الاستئثار » ، نظرية الحق للدكتور اسماعيل غانم ص ١٧ ، اصول القانون للدكتور حسن كيره ص ٦٥٠ وما بعدها ، المدخل للعلوم القانون للدكتور البدراوي ص ٤٤٧ .

(٣) المرآة على المرقاة ج ٢ ص ٤٢٩ المنار وحواشيه ص ٨٨٦ .

(٥) المنار وحواشيه ص ٨٨٦ ، شرح التلويح على التوضيح ج ٢ ص ١٥٥ ، الموافقات للشاطبي ج ٢ ص ٣١٥ ومابعدها ، الفروق للقرافي ج ٢ ص ١٤٠ « الفرق الثاني والعشرون » .

العبد ـ الفرد ـ ، وهو ما يتعلق بـه مصلحة خاصة .

غير أنهم لم يتعرضوا لتعريف الحق بما يزيد على معناه اللغوي، فقالوا: الحق في اللغة عبـارة عن الموجود من كل وجه وجودا لاشك فيه ، ومنه هذا الدين حق : أي موجود بذاتـــه صورة ومعنى ، ولفلان حق في ذمة فـلان ، أي شيء موجود من كل وجـــه ، فلم يخرجوا في تعريفه كما ترى عن المعنى اللغوي .

غير أن بعضهم يقول في تعريفه[1] « الحق الموجود. والمراد به هنا حكم يثبت » ويرد على هذا التعريف عدة أمور :

أولاً – انه ينبيء عن منشأ الحق ومصدره ، لان الحق لا يعتبر حقاً في نظر الشرع الا اذا قرره الشارع ، وتقريره انما يكون بحكم .

ثانياً – ان الحكم ، ان أريد به خطاب الله المتعلق بافعال المكلفين اقتضاء او تخييرا أو وضعا ، فالحق ليس هو نفس الخطاب على ماهو الراجح[2]، وانما هو الأثر الثابت بالخطاب ، فعلاقة الحق بالحكم هي علاقة المسبب بالسبب[3]

على أنه لو أريد بالحكم الاثر الثابت بالخطاب من الوجوب والحرمة والاباحة كما هو مفهومه عند الفقهاء ، فالتعريف غير مانع ، لان الاحكام الوضعية ، مما

---

(١) هو الفقيه عبد الحليم بن محمد امين اللكنوي صاحب حاشية قمر الاقمار على نور الانوار شرح المنار جـ ٢ ص ٢١٦ وانظر نقد هذا التعريف ايضا في كتاب الحق والذمة ص ٣٧ والمدخل الى نظرية الالتزام للاستاذ الزرقاء ص ١٠ وما بعدها .

(٢) فالقرافي يذهب الى أن حق الله هو أمره ونهيه أي نفس الخطاب ، وخطاب الله تعالى يقابل « القاعدة القانونية » في عرف القانون .

(٣) وفقهاء القانون كذلك يفرقون بين القاعدة القانونية وهي مصدر الحق، وبين الحق نفسه ، فالحق ليس هو القاعدة القانونية بل موضوعها ، والعلاقة بينهما المسببة والسببية راجع نظرية الحق للدكتور شفيق شحاته ص ١٢ .

هو شرط لمشروط ، أو مانع لحكم ، أو سبب لمسبب ، ليست حقاً لأحد ، مع انها حكم ثابت ؛ فان من الاحكام ماورد على سبيل التخيير أو الندب ، وليس أي منها حقاً بل رخصة أو اباحة .

والخلاصة ان هـــذا تعريف بالاعم ، لان كل حق حكم ، وليس كل حـــكم حقا .

المطلب الخامس

٤ ـ تعريف الحق عند فقهاء المسلمين المعاصرين :

أورد بعض الفقهـــاء المعاصرين تعريفات « للحق » مختارة لديهم ، نتناول أهمها :

اولا ـ الحق « مصلحة ثابتة للفرد أو المجتمع أولهما معا ، يقررها الشارع الحكيم [١] » اول مايؤخذ على هذا التعريف **أنه عرف الحق بغايته** .

فالحق بذاته ليس مصلحة بل هو وسيلة الى مصلحة ، وتعريف الحق « بالمصلحة » خطأ شائع لدى كثير من رجال الفقه والقانون على السواء ، وكأنهم نظروا الى مايبتغي بالحق من مصلحة ، فعرفوه بها .

على أن صاحب التعريف يذكر في كتابه « الفقه الاسلامي »[٢] ان علماء اصول الفقه يذكرون في باب « المحكوم به » وهو الحقوق بمختلف انواعها ، انه ـ أي الحق ـ فعل الانسان الذي يتعلق به خطاب الشارع ـ أي مايطلب

---

(١) الفقه الاسلامي للدكتور محمد يوسف موسى ص ٢١١ .
(٢) المرجع السابق ص ٢١٠/٢١١ .

من الانسان القيام به من قبل المشرع ـ وهو الله تعالى ـ لمصلحة الفرد أوالمجتمع أو كليهما معا ،فقول المؤلف : لمصلحة الفرد ، بيان للغاية ، لان اللام للتعليل ، وهذه المقدمة لاتوصله الى ما انتهى اليه من نتيجة بقوله « واذن لنا أن نعرف الحق بأنه مصلحة ثابتة للفرد .. الخ»[1] .

هذا ، والواقع أن وصف الاصوليين للحق **بأنه فعل** فيه تسامح ، اذ الفعل ليس هو الحق، بلهو أثر للحق.وهذه الاثار قسمان : بعضهاينتجها الحق فيجانب من له الحق ، وهي مضمون الحق من سلطات الاستعمال والاستغلال والتصرف ، وبعضها الآخر **التزامات** ينتجها الحق في جانب من عليه الحق ، فهي **موضوع الحق** لا مضمونه ، فالأفعال اذن آثار الحق ، وليست هي ذات الحق وجوهره[2] .

على أن من الآثار مايكون التزاما بالامتناع عن عمل ، كحرمة اتلاف مال الغير في جانب من عليه الحق ، اذ يقتضيه الكف او الامتناع عن قربانه تأكيداً لمصونية حق الملكية ، وعلى أي حال ،فالافعال ـ ما كان ايجابياً منها أو سلبياً ، في جانب صاحب الحق او من عليه الحق ـ ان هي الا آثار الحق ، وليست هي الحق بالذات .

والخلاصة : أن التعريف السابق ، تعريف للحق بغايته مع ذكر أقسامه .

ثانياً – وعرف بعضهم الحق بأنه « ماثبت للانسان استيفاؤه » ويقصد « ماثبت بمقتضى الشرع » .

---

(١) المرجع السابق .

(٢) نفرق بين مضمون الحق وموضوعه او محله، فمضمون الحق ما يخوله الحق لصاحبه من سلطات لممارسته . اما موضوع الحق فهو محله ، كالتزام الدائن باداء ما عليه من دين مثلا في الحق الشخصي .

وبتحليل هذا التعريف يتبدى لنا :

اولاً ـ انه لايظهر جوهر الحق ؛ بل موضوعه ، فالثابت استيفاؤه شرعا بمقتضى الحق ليس هو الحق بل موضوعه ومحله ، وهو ـ وان أفاد التعميم في موضوع الحق ، لان« ما » من ألفاظ العموم ،فيشمل جميع القيم والاشياء التي يستأثر بها صاحب الحق ؛ لكنه لم يفد التعميم من حيث انواع الحق ؛ اذ يثبت لغير الانسان من الاشخاص الاعتبارية كالشركات وبيت المال والوقف ، حقوق مع أن التعريف لايشملها ، فلو استبدلنا كلمة شخص بانسان ، لكان جامعا ، اذ الشخص أعم من ان يكون حقيقيا أو اعتباريا .

وأيضاً التعريف غير مانع، لانه يشمل الرخصة والاباحة ، اذ هي مما يثبت استيفاؤه شرعا كذلك ، واطلاق الحق بمعناه الدقيق على الاباحة تجوّز ، لاختلاف كل منهما مفهوما ، والتفرقة بين الحق والرخصة لها أهميتها في باب المعاملات لدى الاصوليين [1] والفقهاء ورجال القانون على السواء[2].

كما لايشمل التعريف« حقوق الاسرة »من مثل حق الولي في تأديب الصغير؛ اذ المصلحة عائدة على غير صاحب الحق ، وهو المولىّ عليه .

ولو فسرنا « ما » بسلطة أو مكنة أو قدرة ، وقصرناها على هذا المعنى ـ مع ان عمومها ينفي ذلك ـ لما أبان التعريف ماهية المعرف أيضا من قِبَل ان هذه الامور اثر من آثار الحق .

---

(١) راجع هذه التفرقة مع الامثلة وما يترتب عليها من احكام ـ الفروق للقرافي جـ ٣ ص ٢١/٢٠ .

(٢) مصادر الحق في الفقه الاسلامي للدكتور السنهوري جـ ١ ص ٤ وما بعدها ، واصول القانون للدكتور حسن كيره ص ٥٦٤ و ٥٦٧ ونظرية الحق للدكتور اسماعيل غانم ص ١٦٦ ط ثانية .

ثالثا – وعرفه بعضهم بأنه « مصلحة مستحقة شرعا »[1] .

وهذا التعريف – على ايجازه – يرد عليه ما ورد على التعريف السابق ، من أنه جعل جوهر الحق مصلحة ، كما أنه يرد عليه ماورد على تعريف صاحب البحر الرائق من لزوم الدور .

ولكنه يبين – بعد أن أتى بالتعريف السابق للحق – ماهو الحق في تعريف الحق ، فيقول : « والحق اختصاص بمصلحة أو منفعة »[2] ولوأورد هذا في التعريف فقال : الحق اختصاص بمصلحة ثابتة شرعا لكان اولى .

هذا ، وقد أتى بتعريف آخر للحق يصرح فيه أن المصلحة غاية الحق ، اذ يقول الحق « ماثبت لانسان بمقتضى الشرع من أجل صالحه »[3] ويشير الى أن الفقهاء درجوا على استعمال الحق بهذا المعنى ، ويرد على هذا التعريف أنه غير جامع ، لانه لايشمل الحقوق التي تثبت لغير الانسان من الاشخاص الاعتبارية ، كما أنه لايشمل الحقوق الغيرية ، مع أن الفقهاء والاصوليين يطلقون عليها اسم الحق أيضاً ، فثبت أن هذا المعنى قاصر عن أن يشمل جميع ما اطلق الفقهاء عليه اسم الحق .

---

(١) الحق والذمة ص ٣٧ ، واحكام المعاملات الشرعية ص ٣٠/٣٢ للاستاذ الشيخ علي الخفيف ، حيث يقول : والحق لايعدو ان يكون منفعة أو مصلحة لشخص . » جرى كثير من رجال الفقه الاسلامي والقانون على تعريف الحق « بالمصلحة » من هؤلاء الدكتور محمد يوسف موسى في كتابه الفقه الاسلامي ص ٢١٠ – والدكتور صبحي المحمصاني في كتابه الموجبات والعقود ج ١ ص ٣٥ – والدكتور عبد الرزاق السنهوري في كتابه مصادر الحق ج ١ ص ٥ . وهذا نظر منهم الى موضوع الحق وغايته ، لا الى الحق في ذاته. على أن تعريف الحق « بالمصلحة » قال به الفقيه الالماني « اهرنج » صاحب النظرية الموضوعية ، أو نظرية المصلحة . راجع نظرية الحق للدكتور اسماعيل غانم ص ١١ – ونظرية الحق للدكتور شمس الدين الوكيل ص ١٠ وأصول القانون للدكتور حسن كيره ص ٥٦٤ – ٥٦٧ .

(٢) الحق والذمة ص ٣٧ ، راجع البحر الرائق ج ٦ ص ١٤٨ حيث يقول : « الحق مايستحقه الرجل » .

(٣) احكام المعاملات الشرعية ص ٣٠ – ٣٢ .

المطلب السادس

٥ — تعريفنا للحق في مفهومه الشرعي ، وصلته بنظرية التعسف :

ان نظرية التعسف في استعمال الحق - في الشريعة الاسلامية - تلقي ضوءاً على **مفهوم الحق فيها، فهو مقيد بما تلقي عليه هذه النظرية من قيود تقتضيها مبادىء الشريعة العامة ، ومقاصدهـا الاساسية ، بغية توجيه استعماله نحو تحقيق الحكمة الغائية ، أو المصلحة التي من أجلها شرع الحق .**

هذا ، وقد أقمنا الدليل فيما سبق على أن الحق في الشريعة الاسلامية ليس طبيعياً، أي صفة ذاتية اقتضتها طبيعة الانسان، بل هو منحة من الشرع للشخص؛ لتحقيق مصلحة معينة ، فهو اذن حق مقيد وغائي .

يرشدنا الى هذا، أن المصلحة الجزئية للحق الفردي المشروعة في ذاتها - لا تعصمها هذه المشروعية من أن تصبح غير مشروعة اذا تعارضت مع مصلحة جزئية أخرى هي أولى بالرعاية في نظر الشرع ، كما في استعمال المالك عقاره على نحو يضر بجاره ضرراً فاحشاً ، أو تعارضت مع المصلحة العامة، كما في منع تلقي السلع ، وبيع الحاضر للبادي، ومنع الاحتكار، ووجوب التسعير الجبري ، مما يدل دلالة قاطعة على أن مصلحة الحق الفردي ذات صبغة اجتماعية لا فردية خالصة .

واذا كانت المصلحة الفردية في الشريعة - وهي التي قرر الحق الفردي من أجلها - مصلحة اجتماعية ، فالحق الفردي - وهو وسيلة تحقيق تلك المصلحة ذو صفة اجتماعية من باب أولى ، لأن انتفاء الصفة الفردية عن المقصد ، يستلزم انتفاءها عن الوسيلة بالضرورة .

اذن من التناقض في التشريع، ان تشرع الوسيلة على وجه لا يحقق غايتها .

نخلص من هذا، الى أن المصلحة الفردية الجزئية، ولو كانت مشروعة في ذاتها، يجب الا تتنافى وتعاليم الشريعة، ومبادئها العامة، ومقاصدها الاساسية في التشريع بوجه عام ، وهذا هو لباب نظرية التعسف . ذلك ؛ لان النظـــام التشريعي الاسلامي للمجتمع "كلٌ" لا تتناقض أجزاؤه .

وعلى هذا ، فالحق في الشريعة الاسلامية مقيدٌ وغائي وذو صفة اجتماعية[1].

وتأسيساً على هـذا النظر ، يمكن تعريف الحق بمـا يتفق ومقتضيات نظرية التعسف القاضية باحكامها على مختلف الحقوق ، بما يلي :

« الحق اختصاص يقرّ به الشرع سلطة على شيء ، أو اقتضـاء اداء من آخر تحقيقاً لمصلحة معينة » .

تحليل التعريف ومحترزاته :

الاختصاص : هو الانفراد والاستئثار، وهو علاقة[2] تقوم بين المختص، والمختص به، وقد يكون المختص بموضوع الحق هو الله سبحانه وتعالى، وهذه هي حقوق الله تعالى، وقد يكون شخصاً حقيقياً، وهو الانسان، أو معنويا، كالدولة، والوقف، وبيت المال، وجماعة المسلمين، والشركات، والمؤسسات، وغيرها من الشخصيات الاعتبارية.

---

(١) سيأتي تفصيل واف لذلك في الابحاث القادمة ان شاء الله .

(٢) قلت: ان تعريف الحاوي القدسي لحق الملكية بأنه« اختصاص حاجز...الخ» يدل على أن الاختصاص جنس في التعريف ، يندرج تحته كل انواع الحقوق. انظر الاشباه والنظائر لابن نجيم ج ١ ص ١٢١ .

على ان عبيد الله بن مسعود الاصولي الحنفي الملقب بصدر الشريعة ، قد عرف حق الملكية في كتابه شرح « وقاية الرواية في مسائل الهداية » بأنه اتصال شرعي بين الانسان وبين شيء يكون مطلقا لتصرفه فيه ، وحاجزا عن تصرف الغير » فالاتصال وهو علاقة أورابطة ، جنس في التعريف ، وهو جوهر كل حق .

وقولنا اختصاص : يخرج الاباحات والحقوق العامة[1]، مما هو مباح للكافة الانتفاع بموضوعه على سبيل الاشتراك دون استئثار ، أي أن الاباحة تورث الأفراد مكنة الانتفاع بموضوعها على قدم المساواة .

يقر به الشرع سلطة: وهذا قيد يخرج الاختصاص الواقعي دون الشرعي، كالغاصب والسارق، فاختصاص الغاصب بالمغصوب حالة واقعية لا شرعية ، أي لا يقر بها الشارع سلطة الغاصب على المغصوب ، بل يوجب عليه رد ما غصب، وكذلك السارق؛ فلابد اذن من اقرار الشرع للعلاقة الاختصاصية، حتى تكتسب صفة المشروعية .

واقرار الشرع للاختصاص يستلزم كنتيجة منطقية حتمية اقراره سلطة المختص على ما اختص بـه ، تلك السلطة هي حرية التصرف في الحدود التي رسمها الشرع ، ويستلزم بالتالي اباحـة الافعال **اللازمة والملائمة** لذلك الاستعمال والتصرف المشروع .

سلطة على شيء أو اقتضاء أداء من آخر :

هذه السلطة التي هي قرين لاينفك عن الاختصاص الذي أقره الشرع لصاحب الحق ، قد تكون منصبة على شيء ، وهذا مايسمى «بالحق العيني» كحق الملكية، وحق الحبس في المرهون، وحق الارتفاق بالشرب ، وحق وضع الجذوع على حائط الجار . أو تكون سلطة لشخص منصبة على اقتضاء أداء من آخر ، فالعلاقة هنا بين شخص الدائن وشخص المدين الملتزم ، **وموضوع العلاقة أداء** التزام معين ، كالثمن المؤجل ، أومنفعة الاجير، أوالامتناع عن الانتفاع بالمرهون ، وهذا هو الحق الشخصي .

والاداء : قد يكون ايجابياً ، كالقيام بعمل ، أو سلبياً كالامتناع عن عمل

---

(١) ويسميها فقهاء القانون بالرخص .

فالتعريف شامل لحقوق الله تعالى ـ كالعبادات والحدود، وحق الجهاد، وحقوق الأشخاص : العينية والشخصية .

تحقيقاً لمصلحة معينة :

متعلق بقولنا « يقر به الشرع » أي أن إقرار الشرع للاختصاص الذي أسبغ عليه صفة المشروعية ، انما كان من أجل تحقيق مصلحة معينة مطلوب من صاحب الحق العمل على توخيها وتحقيقها شرعاً؛ لان الاختصاص الشرعي وما يستلزمه من سلطة، انما منح وأقر لذلك، حتى اذا اتخذ الشخص الحق وسيلة لتحقيق غرض يتنافى مع غاية الحق التي منح من أجلها، بأن اتخذه ذريعة للاضرار بالغير ، او لتحقيق أغراض غير مشروعة، كتحليل الربا عن طريق بيع العينة مثلاً، او اسقاط الزكاة عن طريق الهبة الصورية، أو كل ماهو غش نحو الشريعة، وخرم لقواعدها، بتحليل محرم او اسقاط واجب، او اتخذ الحق وسيلة للاضرار بالجماعة، بأن ابتغى تحقيق مصلحة خاصة ؛ ولكنها تتنافى والمصلحة العامة ، كالاحتكار ، انسلخت صفة المشروعية عن هذا الاختصاص الشرعي؛ **وأصبح هو وجميع لوازمه من الافعال غير مشروع**، لانه أصبح وسيلة لغير ما شرع من غرض .

أهم ما يستنتج من هذا التعريف :

أولاً - يميز بين الحق وغايته ، فالحق ليس هو المصلحة ؛ بل هو وسيلة اليها.

ثانياً - تعريف جامع يشمل حقوق الله تعالى، وحقوق الاشخاص الطبيعية والاعتبارية ، بنوعيها : العينية والشخصية .

ثالثاً - يبين مدى استعمال الحق بما ألقى عليه من قيد «تحقيقاً لمصلحة معينة» اذ فيه تعليل لتقرير الشارع الاختصاص ولوازمه ، فكل حق في الشرع ممنوح لتحقيق غاية معينة، **وتظل حماية الشرع** مبسوطة على هذا الاختصاص مادام يتجه

صاحبه الى تحقيق تلك الغاية ، وبهذا القيد يخرج التصرف المطلق الذي ينحرف بالحق عن غايته المرسومة شرعاً .

فهذا تعريف للحق في مفهومه الشرعي ، وهو في أصله مقيد بغايته المحددة له شرعاً ، ضمن الاطار التشريعي العام .

رابعاً – استبعد المصلحة من تعريف الحق، كما استبعد الارادة؛ لأن الاولى غاية الحق، والثانية شرط لمباشرته واستعماله، وبيّن جوهر الحق، **وانه علاقة شرعية اختصاصية**، وقد رأينا من الفقهاء من أبرز هذا العنصر الجوهري في الحق، من مثل الحاوي القدسي[1]، وصدر الشريعة ، في تعريفهما لحق الملكية .

خامساً – شمل التعريف حقوق الاسرة، وحقوق المجتمع[2]، وغيرها من الحقوق الغيرية أو الوظيفية التي لا ترجع فيها المصلحة الى صاحب الحق، ولا الى مباشره، بل الى الغير[3] ، غير أن الشريعة اسمتها حقوقاً .

سادساً – لم يجعل الحماية الشرعية للحق عنصراً فيه؛ **بل الحماية من مستلزمات**[4]

---

(١) الاشباه والنظائر لابن نجيم ج ١ ص ١٢١ وما بعدها، حيث عرف حق الملكية بأنه اختصاص حاجز - والوقاية لصدر الشريعة ، حيث عرف حق الملكية بأنه « اتصال شرعي » والاختصاص والاتصال ، جنس في التعريف ، وكلاهما علاقة ورابطة . وهذا التعريف ينظر الى الحق من خلال صاحبه – الملكية في الاسلام للسيد ابي النصر* احمد الحسني ص ١٠ .

(٢) انظر احكام المعاملات الشرعية ص ٤٠ وما بعدها .

(٣) كحق الولاية على الصغير ، فالمصلحة راجعة الى المولى عليه لا الى الولي صاحب الحق ، وكالحدود ، فهي حق لله ، ولكن المصلحة راجعة الى المجتمع ، وتباشرها السلطة العامة .

(٤) الحق والذمة ص ٣٩ للشيخ علي الخفيف ، حيث يقول : يتبين لنا من تعريف الحق، أنه يجب أن يكون له صاحب يستحقه، ويختص به دون غيره، وذلك يستلزم في جميع الاحوال حمايته، ومنع التعدي عليه، فالحماية لازم من لوازم الحق، وليست ركنا فيه ، ولا شرطا يتوقف عليه وجوده .

وجود الحق، وكذلك الدعوى ليست من مقومات الحق؛ بل وسيلة تلك الحماية؛ فهي صفة بعدية تالية في وجودها على وجود الحق .

المبحث الثالث

الإباحة أو الرخصة في الفقه الإسلامي

سبق أن عرفنا الحق بمعناه الدقيق في الفقه الاسلامي ، وذلك تمييزاً له عن الرخصة أو الاباحة[1] ، فالواقع أن لكل منهما مفهوماً متميزاً، وإن جرى بعض الاصوليين والفقهاء على إطلاق اسم الحق على ما هو أعم من الحق والرخصة .

١ ـ تعريف الاباحة عند الفقهاء القدامى :

يقول صاحب الدرر : الحق غير منحصر في الملك ؛ بل حق التملك أيضاً حق ، وحق التملك للمشتري لا يعارض حقيقة الملك للبائع ؛ لكونه أقوى منه[2] .

(١) لانقصد بالرخصة ما اصلطح عليه الاصوليون ، وهو ماشرع ثانيا مبنيا على اعذار العباد ، كالفطر في رمضان للمريض أو المسافر ، أو اجراء كلمة الكفر على اللسان لمن أكره على ذلك ، وقلبه مطمئن بالايمان ، وانما نقصد بها الاباحة التخيير بين الفعل والترك دون مدح أو ذم . هذا ورجال القانون يطلقون على الرخص الحريات العامة او الحقوق العامة ـ الوجيز للقولي ص ٢٨٨ . كما أن رجال الفقه الاسلامي يطلقون عليها احيانا اسم الحقوق ـ التلويح على التوضيح جـ ٢ ص ١٦٢ ـ والحق والذمة ـ للخفيف ص ١٩٤ و ١٩٥ .

(٢) جـ ٢ ص ١٤٤ .

فنحن نرى أن صاحب الدرر يسوي بين حق التملك - وهو رخصه -- وحق الملكية، في إطلاق اسم الحق عليهما، وإن كان حق الملكية أقوى من حق التملك، ولكن هذه التفرقة من حيث القوة ، مؤذنة بالفرق من حيث المفهوم أيضاً .

القرافي يفرق بين الحق والرخصة :

على أن القرافي يقابل بوضوح بين الحق والرخصة ، وينكر على جماعة من مشايخ المذهب أن يجعلوا الرخص والحريات العامة - كحرية التملك أو حرية التزوج مثلاً - محلاً للنظر في كونها حقوقاً ، وأن يجري الخلاف فيها على قولين ، فلا مراء عنده أن الرخصة ليست حقاً ، بل لا يتخيلها حقاً « من عنده أدنى مسكة من العقل والفقه »[1] .

ثم يبين بطلان أن تكون الحرية حقاً بقوله : إن الانسان « يملك أن يملك » أربعين شاة ، فهل يتخيل أحد أنه يعد مالكاً الآن قبل شرائها حتى تجب الزكاة عليه على أحد القولين ؟ وإذا كان الآن قادراً على أن يتزوج ، فهل يجري في وجوب الصداق والنفقة عليه قولان ، قبل أن يخطب المرأة ، لأنه ملك أن يملك عصمتها ؟.. الخ[2] .

فالقرافي يبين أن حقيقة الحرية أو الرخصة لا تلتبس بالحق ، وهي من الوضوح بحيث لا تحمل على النظر والخلاف ، لأن من أبيح له أن يملك لا يعتبر بمقتضى هذه الإباحة مالكاً ، نعم! الإباحة طريق الى الملكية، أي الحق ؛ ولكنها هي بذاتها ليست حقاً ، وسنعرض لبيان حقيقة الإباحة عند الاصوليين والفقهاء ، ثم نعرف الإباحة ؛ لنرى مدى صلتها بنظرية التعسف .

---

(١) الفروق للقرافي جـ ٣ ص ٢٠ - ٢١ .

(٢) المرجع السابق .

٢ ـ تعريف الإباحة عند الأصوليين :

تعريف الغزالي :

يطلق الامام الغزالي لفظ « الجواز » على الإباحة، فيقول « الجواز هو التخيير بين الفعل والترك بتسوية الشرع »[١] هذا التعريف غير مانع ، لأنه يدخل فيه الواجب المخيّر، إذ من وقع عليه واجب كفارة الصوم مثلاً، يخير بين أداء أيٍ من خصالها ، مع أن ما أداه واجب لا مباح ، لذا رأينا الامام الشاطبي يدخل قيداً ليخرج من الإباحة هذا الواجب المخير .

تعريف الامام الشاطبي :

« إن المباح عند الشارع هو المخير فيه بين الفعل والترك من غير مدح ولا ذم »[٢] فقوله : من غير مدح ولا ذم مخرج للواجب المخير ، إذ في تركه اطلاقاً لا الى بدل ذم؛ لأنه ترك واجب، وفي فعله إحدى خصاله مدح .

تعريف صدر الشريعة: المباح هو «فعل المكلف الذي يستوي فعله وتركه»[٣] أي في نظر الشارع .

وعرفه الشوكاني : بأنه ما لا يمدح على فعله ولا على تركه ، وفسروه بأنه ما أعلم فاعله أنه لا ضرر عليه في فعله وتركه »[٤] .

---

(١) المستصفى – جـ ١ ص ٧٤ ط اميرية سنة ١٣٢٤ .

(٢) الموافقات – جـ ١ ص ٦٩ .

(٣) فسر السعد في التلويح المراد بالاستواء المذكور ، بانه استواء الفعل والترك في نظر الشارع، بان يحكم بذلك صريحا أو دلالة، بقرينة ان الكلام في متعلق الحكم الشرعي، كما أنه مخرج لكل من الواجب المخير والموسع ، لانه لايستوى في نظر الشارع فعل كل منها أو تركه جـ ٣ ص ٧٥ و ٧٦ ط أولى سنة ١٣٢٢ .

(٤) ارشاد الفحول : ط اولى ص ٦ ، انظر الحكم التخييري او نظرية الاباحة عند الاصوليين – للاستاذ محمد سلام مدكور ص ٣٢ وما بعدها .

وخلاصة هذه التعاريف : أن الإباحة عند الاصوليين هي التسوية أو التخيير بين الفعل والترك ، من غير استحقاق ثواب ولا عقاب .

عرف الجرجاني في تعريفاته الإباحة بأنها : « الاذن باتيان الفعل كيف شاء الفاعل » .

ولكن يؤخذ على هذا التعريف اطلاق المشيئة ؛ إذ سيأتي أن الشارع أذن للناس في الانتفاع بالمباح على الوجه المعتاد شرعاً ، أي حسبما سنّ ورسم .

ويقول: صاحب الاختيار « الإباحة ضد الحظر ، وأن المباح ما أجيز للمكلفين فعله وتركه بلا استحقاق ثواب ولا عقاب أو مأخذ فيه[1] » .

٣ — تعريف الفقهاء المحدثين :

عرف بعضهم المباح بأنه « ما تساوى فعله وتركه »[2] .

وقد جارى بذلك تعريف الاصوليين للاباحة بأنها «التسوية» .

أما الاستاذ الشيخ علي الخفيف فيعرف الإباحة بأنها « حق يثبت للانسان أثراً لاذنه بأن ينتفع » .

وفي هذا التعريف نظر : من قِبَل أن اطلاق الحق كأثر للاباحة تجوُّز ، فالإباحة لا تورث حقاً ، بل تفترض المكنة أو التسلط على المنتفع بـه ، ولكن لاعلى سبيل الاختصاص كما قدمنا ؛ فالمباح له لايملك المباح بمجرد الاذن كما سيأتي ، بل ينتفع بالمباح على سبيل الشركة العامة ، ففي المباحات العامة مثلاً يحتل الكافة مركزاً واحداً نشأ لهم بمقتضى الاذن ، فلا يمتاز أحد منهم على الآخر ، وعلى هذا ، فحق

---

(١) الاختيار ج ٣ ص ١٢٧ .

(٢) سلم الوصول الى علم الاصول – ط أولى في أقسام الحكم الشرعي : المباح – للاستاذ عمر عبد الله .

الملكية أقوى من حق التملك، كما ذكر صاحب الدرر ؛ لأن حق الملكية يمنح صاحبه ميزة قبل الكافة ، وليس كذلك حق التملك ، إذ كل شخص مأذون له أن يتملك ، فالمشاركة في المباح قائمة .

الاباحة طريق الى التملك :

على أن الإباحة ـ كما قلنا ـ طريق للحق وليست هي الحق ، فالمباح ـ وهو كل ما خلقه الله تعالى للانتفاع به على الوجه المعتاد - يشترك المباح لهم في الانتفاع بـه ، كالكلأ قبل إحرازه ، حتى إذا ما أحرز صار ملكاً لمن أحرزه ، وثبت لصاحبه فيه حق الملكية تاماً .

هذا ، والإباحة ليست أثراً للاذن ، وإنما هي الاذن بذاته ، وأثر الاذن أو الإباحة إنما هو مكنة الانتفاع .

على أن الاستاذ الجليل قد عدل عن هذا التعريف الى آخر هو أحكم واكثر انطباقاً على مفهوم الاباحة فقال : « الاباحة تصرف أو اذن يفيد الانسان حق الانتفاع بطريق مباشر[1] » و (أو) لا تدل على اختلاف في المعنى ، بل على التنويع في التعبير .

ولذا رأينا الاستاذ الزرقاء لايقيد الاذن بكونه لانسان، بل يجعله مطلقاً، والذي يعنينا من بحث الاباحة وحقيقتها أمران :

الاول - يتعلق بنطاق تطبيق نظرية التعسف ، او بعبارة أخرى ، هل يقتصر على الحق الخاص المعين ، أو يشمل الرخصة أو الاباحة ؟ وهذا ما نرجىء القول فيه الى بحث مجال تطبيق النظرية .

الثاني – حرية التعاقد، وحرية الاشتراط في العقود، أو التصرف بوجه عام

---

(١) مجلة القانون والاقتصاد عدد ١ سنة ٢٠ ص ١٢٦ ، وانظر احكام المعاملات ص ٩٤ للمؤلف نفسه .

في كل مالم يرد بشأنه دليل شـــرعي خاص ، هل الاصل فيه الحل ، أو أنه غير مشروع في الاصل حتى يقوم الدليل على اباحته ،فاذا أخذنا بالقول الاول ـ وهو الراجح ـ امكن تصور التعسف ، اذ التعسف يعتمد فعلًا مشروعاً في الاصل .

اما اذا أخذنا بالقول الثاني ـ وهو ضعيف ـ فلا مجال لبحث التعسف فيه ؛ لان الفعل في أصله غـير مشروع ، فالحق لم يوجـد حتى يتصور التعسف فيه ، واتيان الفعل على أي نحو كان خروج عن حدود الحق .

الاصل في الاشياء الاباحة :

اتفق العلماء على أن الحكم التخييري ليس حكما تكليفياً ، فخطاب الشارع اذا ورد بما يفيد التخيير ، من مثل نفي الحرج أو الجناح أو التثريب أو الاثم أو النص على الحل أو الامر الذي يصرفه عن الوجوب الى الاباحة قرينـة دالة على ذلك ، حكمه الاباحة ؛ ولكنهم اختلفوا فيما لم يرد بشأنه خطاب بالاقتضاء ولا بالتخيير، فقيل أن حكمه الاباحة ؛ لقوله تعالى وهو يمنّ على عباده « هو الذي خلق لكم مافي الارض جميعاً [1] » فخلق مافي الارض للانتفاع به ، ولا يصح الانتفاع به الا اذا كان مباحاً .

وعلى هذا فحكم أي عقد أو شرط أو تصرف بوجه عام لم يقم دليل شرعي على حكمه هو الاباحة ،بناء على أن الأصل في الاشياء و المعاملات والتصرفات الاباحة ؛ سوى مايتعلق بالابضاع ، فالاصل فيها الحرمة ، وهذا هو الرأي المختار[2] .

وقيل ان الاصل في الاشياء التحريم ،حتى يقوم الدليل على اباحتها .

---

(١) سورة البقرة – آية ٢٩ .

(٢) والى هذا الرأي ذهب الشافعي وبعض الحنفية ، وقيل أنه رأى جمهور الحنفية – راجع ارشاد الفحول للشوكاني ص ٢٥١ وما بعدها ، وفتاوى ابن تيمية جـ ٣ فصل – العقود والشروط ص ٣٣٤ .

وقيل بالتوقف ، فما لم يرد بشأنه حكم من الشارع ، لا يمكن أن يعطى له حكم[1] .

وعلى هذا فالاباحة راجعةالى اذن الشارع ، أي الى الحكم الشرعي نصاً، أو مقتضى قواعد الشرع ، ولم يخالف في ذلك الا المعتزلة[2] .

وتأسيساً على ان الاصل في الاشيـــاء الاباحة ـ على ماهو الراجح ـ تعتبر الحريات والحقوق العامة ـ وهي تزداد بتقدم المدنية والحضارة ـ من المباحات، وبذلك تكون محلاً لبحث التعسف .

الحريات العامة من المصالح الحاجية في الشرع :

على أن هذه الحريات ـ اذا لم يخـالف العمل بها نصاً أو قاعدة في الشرع ـ تعتبر ايضاً من المصالح الحاجية [3] التي تلي مرتبة الضروريات ؛ لان منعهـا أو تحريمها يترتب عليه ايقاع الناس في حرج ومشقة ، وذلك منفى بالنص[4] .

وموضع الاباحة من الاشياء انما هو في تخير انواعها وأوقاتها، وليس موضوعها الاحوال العامة في كلياتها .

يتصل هذا البحث بالتعسف في « حق الحياة » وكل اباحة لا تتعلق بعين ،

---

(١) ارشاد الفحول للشوكاني ص ٢٥١ وما بعدها ، وراجع سلم الوصول الى علم الاصول ـ للاستاذ عمر عبد الله ، ط أولى سنة ١٩٥٦ ، ص ٤٣ .

(٢) « فاتجهوا الى أن المباح هو ما انتفى الحرج عن فعله وتركه ، وهذا الانتفاء قبل ورود الشرع ، فثبوته بعده بطريق الاستصحاب » مباحث الحكم عند الاصوليين هامش ص ١٢٧ للاستاذ محمد سلام مدكور .

(٣) دليل كونها من المصالح الحاجية،إن اصل الحياة يقوم بدونها،غير أنه يترتب على منعها ايقاع الناس في مشقة وحرج بالغين، ولا معنى للمصالح الحاجية الا هذا.

(٤) من مثل قوله تعالى « ماجعل عليكم في الدين من حرج » وقوله : « يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر » .

كحق الحرية ، فللانسان حق الاستمتاع بحياته ، والمحافظة عليها، ولله أيضاً هذا الحق كملًا ،فلا يجوز اسقاطه ، ومن ثم كل فعل - ولو مباحاً في الاصل - يؤدي الى اسقاط حق لله خالص ، أو مغلب ،يصبح غير مشروع ؛ لانه تعسف .

وعلى هذا ، اذا كان مع التخيير[1] بين الفعل والترك الاباحة ؛ لكن هذا التخيير ينحصر في تخير انواع المباح واوقاته لا في أصله، كما في الطعام،فعلى الانسان ان يأكل لحفظ حياته، وحفظ الحياة أمر مطلوب لاخيرة فيه،لان لله حقاً صرفاً فيه ، وللرجل أن يتزوج أي امرأة شاء مادامت تحل له، ولكن مطلوب منه أن يتزوج اذا كان قادراً صحة ومؤنة ،وللانسان ان يلهو لهواً بريئاً، ولكن لا يقضي كل أوقاته في اللهو[2]. ودرءاً للتعسف في الاشياء المباحة جعل الشارع التخيير في أنواع المباح وأوقاته لا في أصله كما قلنا؛لانه يؤدي الى اسقاط حق الله مما يتعلق به أمر ضروري لحفظ الحياة، فلا يجوز للشخص أن ينتحر مثلاً، أو يلقي ماله في البحر ،ولا نعلم أن القوانين الوضعية قد وصلت الى مثل هذا الحكم في تشريعاتها[3].

الحريات العامة في الفقه القانوني :

القانون يطلق الرخصة على معان مختلفة : فهو يطلقها تارة على الحقوق العامة التي يعترف بها القانون للناس كافة ، كما يطلقها للدلالة على وسيلة يهيئها القانون لاكتساب حق معين ، فيقال : ان الشفعة رخصة ، اذ يؤدي استعمالها إلى اكتساب الشفيع ملكية العقار المبيع[4] .

وكثيراً ما يطلق هذا اللفظ على المكنات أو السلطات التي يتضمنها حق

---

(١) اصول الفقه - للاستاذ الشيخ محمد ابي زهرة ص ٤٨ .

(٢) المرجع السابق - والموافقات جـ ٢ ص ٣٢٢ .

(٣) الموافقات جـ ٢ ص ٣٢٢ ، اصول الفقه للاستاذ الشيخ ابي زهرة ص ٤٦ .

(٤) انظر المادة ٩٣٥ مدني مصري .

معين ،فيقال ان للمالك سلطة أو رخصة استعمال ملكه ، أو استغلاله والتصرف فيه[1] .

٤ ـــ التمييز بين الحق والرخصة في القانون وصلته بتطبيق نظرية التعسف :

يفرق الفقه القانوني بين الحق والرخصة ـ الحريات العامة ـ فالحق قد سبق تعريفه في مختلف النظريات ، وأما الرخصة فهي مكنة واقعية لاستعمال حرية من الحريات العامة ، أو هي اباحة يسمح بها القانون في شأن حرية من الحريات العامة[2] ،ويضرب فقهاء القانون لذلك مثلاً في التفرقة بين الرخصة والحق ،حرية التملك فهو رخصة ، أما الملكية فحق .

وجاء في مذكرة المشروع التمهيدي للقانون المدني الجديد ،للجمهورية العربية المتحدة ، في التفرقة بين الحق والرخصة مايلي :

« ويقصد بالحق في هذا الصدد ، كل مكنة تثبت لشخص من الاشخاص على سبيل التخصص والافراد ، كحق الشخص في ملكية عين من الاعيان ، أو حقه في اقتضاء دين من الديون ، أو حقه في طلاق زوجه . اما ما عدا ذلك من المكنات التي يعترف بها القانون للناس كافة ، دون أن تكون محلاً للاختصاص الحاجز ، فرخص واباحات كالحريات العامة ، وما اليها[3] » .

فالحريات اذن لاتفترض وجود استئثار ، او روابط قانونية بحيث تتفاوت بشأنها المراكز القانونية بين الاشخاص ، بل تفترض وجود الافراد جميعاً في ذلك « المركز العام المشترك ،من امكان التمتع بها من قبل الجميع تمتعاً لاينفرد أو يستأثر به أحد منهم دون الآخرين[4] »

---

(١) انظر المادة ٩٤٩ مدني مصري .

(٢) مصادر الحق للسنهوري ج ١ ص ٤ .

(٣) مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني ج ١ ص ٢٠١ .

(٤) اصول القانون – للدكتور حسن كيره ص ٥٦٤ وما بعدها .

« فالفرق بين الحق والرخصة كالفرق بين الطريق الخاص والطريق العام»[1]

٥ ـ تعريفنا الاباحة وتحليله وصلته بنظرية التعسف :

والتعريف الذي أراه للاباحة يبين ماهيتها في ضوء نظرية التعسف ، هو أن الاباحة« اذن يقر به المشرع مكنة الانتفاع مباشرة ، لا على وجه الاختصاص ، تحقيقاً لمصلحة معينة ».

تحليل التعريف : اذن يقر به الشرع . الاذن ـ وهو الاجازة ـ انما يكون من الشارع بمقتضى حكم، فالاباحة حكم شرعي بالاجماع[2]. والحكم اما ان يكون نصاً خاصاً، او مستفاداً من أصل عام، من مثل« الاصل في الاشياء الاباحة» الذي يرجع في تأصيله الى نصوص الشرع ، كقوله تعالى : « هو الذي خلق لكم ما في الارض جميعاً » أي للانتفاع ، وهذه هي الاباحة الاصلية .

الاباحة الاصلية والطارئة :

على أن الاصوليين والفقهاء لم يفرقوا بين الاباحة الاصلية والاباحة الطارئة ؛ كولاية التأديب مثلاً ، فالاصل عصمة الانسان عن الاضرار به وايلامه[3]، ولكن الشارع قرر الولاية التأديبية بشروط محددة[4] للزوج على زوجه، والاب على صغيره ـ وفيها ايذاء الخاضع للتأديب ـ استثناء من اصل المنع ؛ لمصلحة راجحة قررها الشرع ، وجعلها جديرة بالرعاية لمصلحة الاسرة والمجتمع .

أقول لم يعن الفقهاء والاصوليون بهذا التفريق مادام الحكم الذي يجمعها ، هو **عدم ترتب الثواب أو العقاب** .

---

(١) المرجع السابق .

(٢) لم يخالف في ذلك الا المعتزلة .

(٣) الموافقات جـ ٢ ص ٣٥٠ وما بعدها .

(٤) سيأتي بحث ذلك في موضعه .

على أن اذن الشخص لغيره في الانتفاع بما يملك استعمالا أو استهلاكا مرده الى اذن الشارع ايضاً، من قِبَلِ أنه يشترط الا يتعارض مع احكام الشرع، فلو اذن ذميّ لمسلم ان يشرب من خمره لم يفد هذا الاذن الاباحة؛لانه يعارض حكم الشريعة في تحريمها ، فثبت أن الاباحة انما تستفاد من أحكام الشرع بمقتضى نص خاص، أو أصل عام كما تقدم .

وعلى هذا فليست الحقوق العامة أو الحريات حقوقاً طبيعية للانسان في نظر الشرع،يثبت للفرد بمقتضى انسانيته او جبلته الآدمية،وانما هي ثابتة بحكم الشرع، فالشرع هو اساس **كل رخصة** ، كما هو اساس **كل حق** .

يقر به الشرع مكنة الانتفاع :

قلنا لابد من اقرار الشرع للفعل؛ليكتسب صفة المشروعية ، والمكنة هي القدرة او السلطة التي خولها الشارع للمأذون له في أن ينتفع بموضوع الاباحة استعمالا او استهلاكا،والمكنة اثر الاذن،أو من مستلزماته المباشرة ، أي ليست عن طريق النيابة ، فالمباح له ينتفع بنفسه، لانه لا يملك المباح بمجرد الاذن حتى يوكل فيه غيره ، على ان الاباحة طريق الى التملك بأسبابه المعروفة كما ذكرنا .

لاعلى وجه الاختصاص :

هذا قيد لاخراج « الحق » فان صاحب الحق ـ كما ذكرنا ـ ذو سلطة على مايمنحه حقه من مزايا التصرف والاستعمال والاستغلال ، على وجه الاستئثار والانفراد، فلا يشركه في التمتع بحقه أحد،الا بمقتضى حكم الشرع ،أو بما تشترطه الارادة وتأذن فيه .

تحقيقاً لمصلحة معينة : متعلق بقولنا «يقر به الشرع» أي أن اقرار الشرع مكنة الانتفاع من اجل تحقيق مصلحة رسمها الشرع ، ليخرج استعمال المباح عبثا ، او في غير مصلحة ، او كذريعة لتحقيق مصلحة غير مشروعة ، فيخرج

الاسراف في استعمال المباح؛ اذ لاتتعلق به مصلحة ، والتصرف في النفس قضاء عليها،أو تعريضها للفتن اوالتهلكة فيغير مقصد شرعي، كالانتحار [1] مثلا ، أما تعريضها للتلف في مقصد شرعي معتبر كالجهاد فذلك مفروض وواجب .

وعلى هذا فليس الفرد حر التصرف حتى في حق نفسه، الا بما يحقق الغرض الذي من أجله منح حق الحياة ، من الطاعة والعبودية وعمارة الكون ، وليس في تعريض النفس للفتن والهلاك تحقيق لشيء من هذه المقاصد .

فالفرد ، وان كانله حق الحياة، والمحافظة عليها ، فالله تعالى ايضاً هذا الحق خالصاً ، ولا يجوز التصرف فيه على وجه يسقط حقه تعالى ، وهو حكم لاتجد له نظيرا في الشرائع الوضعية قديمها وحديثها ، كما أنه يكشف في الوقت نفسه عن عمق نظر الشريعة الى المقاصد الاساسية التي يقوم عليها المجتمع الانساني ، وبناء الحياة الانسانية،وقد تنبه الى هذا المعنى في هذا القرن، الفقيه الفرنسي« ديجي » في مذهبه « التضامن الاجتماعي في فلسفة القانون » .

هذا،وقد ابرز التعريف حقيقة الاباحة،وانها ليست من الحيازة في شيء،وانما هي « اذن » من الشارع يستلزم « مكنة » الانتفاع للمأذون له ، كالانتفاع بمرفق عام،من السير في الطريق مثلا، ومن ابيح له الانتفاع بشيء لم يتملكه،كما لم يتملك منفعته،فالاباحة لاتجعل للمباح له الا ان ينتفع بنفسه مباشرة على الوجه المأذون فيه،دون أن يكون له حق التصرف بالمنفعة تصرف الملاك هبة أو بيعا مثلا ، الا بعد أن يتم له امتلاكها بالاسباب المعروفة للتملك في الشرع .

التصرف الايجابي والسلبي في المباح مقيد :

هذا،واذا كان التصرف الايجابي على وجه يفضي الى اسقاط أو اهدار مقصد

---

(١) هنالك ادلة من الكتاب والسنة تحرم الانتحار ليس هنا مقام بحثها .

شرعي اساسي من المقاصد الخمسة التي يقوم عليها بناء كل مجتمع انساني ممنوعا في الشرع ، ولو كان التصرف في حق حياته هو[1] او ماله ، كما في الانتحار مثلا او تضييع ماله بالقائه في البحر أو احراقه دون مقصد شرعي[2] ، فالتصرف السلبي في المباح مقيد ايضاً بما لا يسقط ذلك المقصد الاساسي ، وهو مايسمى « بحق الله » ولذا كان المباح في الشريعة مخيراً فيه بين الفعل والترك في انواعه واوقاته لا في اصله ، فلا يجوز ان يمتنع عن تناول أصل الغذاء ، لانه يؤدي الى وفاته ، وذلك محرم ، لانه يفوت قصدا شرعياً اساسيا ، وهو المحافظة على النفس .

ومن هنا تنتج قاعدة عامة ترتكز عليها احكام الشرع - ومنها مايتعلق بالمباح - ان التصرف - ايجابا وسلبا - مقيد بما لا يهدر مقاصد الشرع الاساسية وما يتبعها ، وذلك مما يؤكد ان الحقوق والاباحات في الشرع مقيدة ، وذات غايات ومصالح اجتماعية وانسانية ينبغي ان يكون استعمالها - سواء في بواعثها او مآلها - على نحو لا يناقض تلك المقاصد او يهدمها ، وما جاءت نظرية التعسف الا كدستور يحكم مشروعية هذا الاستعمال ولو كان في حدود الحق او الاباحة .

وسيأتي بحث ذلك مفصلا في الغاية الاجتماعية للحق في الفقه الاسلامي ان شاء الله .

المبحث الرابع

علاقة الحق بالحكم وفكرة وجود الحق

بينا ان الحكم عند الاصوليين هو « خطاب الله تعالى المتعلق بأفعال المكلفين

---

(١) الموافقات ج ٢ ص ٣٢٣ .

(٢) الفروق للقرافي ج ١ ص ١٤١ .

اقتضاء أو تخييرا أو وضعاً، وهو مايسمى فى الفقه القانوني « بالقاعدة القانونية » فليس الحكم بهذا المعنى هو الحق ؛ لان الحق هوموضوع الحكم ، فعلاقة الحكم[1] بالحق هي علاقة السبب بالمسبب .

وأيضاً « الحكم » في الشريعة الاسلامية لا تقتصر مهمته على تنظيم الروابط الاجتماعية التي يدخل الافراد فيها ، تلك الروابط التي تتمثل في شكل حقوق وواجبات؛ بل يشمل كذلك تعريف المباحات اشياء ليست حقوقاً، من جعل الشيء سبباً لمسبب، أو شرطاً لمشروط، أو مانعاً من حكم، أضف الى ذلك شمولها لروابط دينية بين الفرد وخالقه .

على أنا لو أردنا بالحكم متعلق الخطاب ، أي الاثر الثابت به ، من الوجوب والحرمة، كما هو مدلوله عند الفقهاء، لما كان كل حكم حقاً؛ اذ من الاحكام الوضعية ما ليس فيها حق لأحد ، وعلى هذا، فيمكن أن يقال إن كل حق حكم ، وليس كل حكم حقاً ، فالحق نوع من الحكم ، لأن من الأحكام ماشرع على سبيل الوضع والإباحة او الندب ، أي يستحسن الاتيان بمضمونها[2] .

فكرة وجود الحق في التشريع الاسلامي أساسية :

على أن بعض الكاتبين يذهبون الى أن فكرة الحق عند فقهاء المسلمين تقترب من فكرة المركز القانوني في مذهب التضامن الاجتماعي ؛ باعتبار أن الأصوليين عبروا عن أصحاب الحقوق « بالمكلفين » ومؤدى هذا ، أن فكرة الحق غير موجودة ؛ وإنما الموجود هو « التكليف » أي الالتزام الشرعي ، فليس هناك

---

(١) على ان القرافي في فروقه يذهب الى ان « حق الله » هو نفس الخطاب حيث يقول: «ان حق الله هو « امره ونهيه » ثم يذكر ان حق العبد ماتعلق به مصلحة خاصة، جـ ١ ص ١٤٠ ومابعدها .

(٢) المدخل الى نظرية الالتزام في الفقه الاسلامي للاستاذ مصطفى الزرقاء ص ١٠ ومابعدها ، الحق والذمة للاستاذ الشيخ علي الخفيف ص ٤١ .

« حقوق » بل « التزامات » ولكن هـذا النظر يتعلق باللفظ ، ويهتم به ، ولا يعير المضمون التفاتاً .

صحيح أن الاصوليين يطلقون على أصحاب الحقوق ، لفظ المكلفين ؛ اهتماماً منهم بوجوب العمل بهذه الاحكام الشرعية التي تتضمن واجبات دينيه نحو الخالق جلّ وعلا ، كما تتضمن واجبات نحو الناس بعضهم قبل بعض ، اي اهتماماً بأداء هذه الواجبات ؛ من قبل أن هذه القواعد الشرعية ذات صفة دينية ، أو بالاحرى إن لفت الذهن الى الاهتمام باداء ذلك لا ينفي عن مضمونها صفة الحق بمعناه الدقيق .

وبيان ذلك :

أن الواجب يستلزم وجود الحق ؛ إذ لا معنى لحرمة دم المسلم وماله وعرضه على أخيه المسلم مثلاً إلا إلزامه بعدم التعرض لأي منها ؛ لأنه ينطوي على اعتداء على حق المسلم في حياته أو ماله أو عرضه ، وهـذه الحرمة التي تلقى هـذا الالتزام أو التكليف يقابلها وجود الحق ، بل تأكيد لوجوده ، فالتكليف يستلزم وجود الحق ، وعلى هـذا فالتعبير « بالمكلفين » يستلزم وجود أرباب الحقوق . والعكس صحيح .

ثم إن هذا الواجب والتكليف ، إما أن يكون سلبياً ، كوجوب الامتناع عن الاعتداء على حق الغير أو حرمـة ذلك ، او وجوب الامتناع عن التعسف ، أو إيجابياً ، كإيتاء الزكاة أداء لحق الله مثلا .

هذا ، وعناية الشارع بالتكاليف إنمـا تفسر على أساس أنها عناية بالحقوق ومصونيتها ؛ فالفرد مكلف بأداء ما عليه من واجب ؛ صيانة لحق الغير .

فالقول بأن الشريعة مجرد تكاليف ، ولا حقوق فيها بالمعنى القانوني ، أمر لا يتفق مع الواقع .

على أن الأصوليين أنفسهم قد اعتنوا بالحق وأقسامه في باب « المحكوم به » وفصلوها تفصيلاً دقيقاً ، مما يدل على أن الشريعة كلها حقوق تستلزم واجبات .

هـذا ،وقد نوه صاحب التوضيح من علماء الاصول وغيره بفكرة الحق في أجلى مظاهرها،وادخل فيها الحقوق العامة من الاباحات باعتبارها مميزات إنسانية، فذكر أن الفرد له من الحقوق « الحرية والعصمة والمالكية»[1] .

كما عبر بعض الفقهاء عن حق الملكية بأنه «اختصاص حاجز» .

هذا ،ولو رحنا نتتبع النصوص التي وردت في« حق الملكية » مثلاً،وهو من الحقوق الخاصة ، وأبلغها أثراً في نظامنا الاجتماعي والاقتصادي لوجدناها تؤصل هذه الفكرة ،إذ كلها تدور حول احترام« الملكية الفردية » التي تفيد اختصاصاً بموضوعها ، واستئثاراً بثمراتها للمصلحة الفردية مع مراعاة حق الجماعة .

ومن تلك النصوص قوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا أنفقوا من طيبات ما كسبتم ، ومما أخرجنا لكم من الأرض،ولا تيمموا الخبيث منه تنفقون ولستم بآخذيه إلا أن تغمضوا فيه ،واعلموا أن الله غني حميد » وقوله ﷺ : « لا يحل مال امرىء مسلم إلا بطيب من نفسه » وقوله عليه السلام : « كل المسلم على المسلم حرام دمه وماله وعرضه » الى غير ذلك من النصوص التي تؤيد أن «الملكية حق شخصي وليس « مركزاً شرعياً » [2] يعتبر فيه صاحب الحق مجرد موظف يعمل لغيره لا لمصلحته الذاتية أولاً .

أضف الى ذلك أن الحق منحة منه تعالى ، وليس منحة من أحد ، كما أن الدولة نفسها تتمتع بالحق الذي منحه الشارع إياها ،وأن مهمتها المحافظة على هذه الحقوق من الاعتداء والتعسف .

واذا كان الحق منحة منه تعالى،انتفى أن يكون تنظيماً من غير الله تعالى؛لأن **الفرد عبد لله لا للدولة**،وجعل الملكية حقاً شخصياً لا تنظيماً اقتصادياً في الشرع الاسلامي يعتبر تكريماً للانسان واحتراماً لشخصيته الآدمية « ولقد كرمنا بني

---

(١) التوضيح جـ ٢ ص ١٦١ .

(٢) راجع الذهاب الى انكار فكرة وجود الحق ـ نظرية الحق للدكتور شفيق شحاته ص ١٠ ومابعدها .

آدم » على أن في هذا الحق واجبات كثيرة لا يتسع المقام لذكرها هنا ، ونكتفي بذكر تحريم اتخــاذ حق الملكية وسيلة الى الاضرار بالغير ، ومن هنا حرم الاحتكار وكل ما يؤدي اليه من تلقي السلع وبيع الحاضر للبادي ومن التغالي في أسعار السلع التي يحتاجها الناس تغالياً فاحشاً ، وأُجبر المالك على نزع ملكيته اذا اقتضت ذلك مصلحة المرافق العامة ،ومن تقييد حق التملك بما لا يضر بالمصلحة العامة ،وجعلت لولي الأمر سلطة التدخل في شؤون الأفراد بالقدر الذي تقتضيه العدالة ودرء الاستغلال ،والاضرار بالمصلحة العامة كما بينا ذلك في اكثر من موضع .

المبحث الخامس

إعتبار الشرع الاسلامي كلاً من الحقّ والإباحة وسيلة وصلة ذلك بنظرية التعسّف

اتضح لنا من تحليل الحق والكشف عن عناصره التكوينية أنه اختصاص أو استئثار بالتسلط على شيء ، أو بالتسلط على اقتضاء أداء معين من آخر ، ابتغاء تحقيق مصلحة معينة ، فالمصلحة إذن هي غـــاية الحق وهدفه ، وليست هي الحق .

وبدهي أن وجود الحق يستلزم إباحة استعماله ، وإلا كان وجود الحق مجرداً عن أية قيمة ، بل يلزم التناقض من الشارع إذ يقرر حقاً ثم يجرم استعماله دون مقتض ، واستعمال الحق إنما يكون عن طريق أفعال **لازمة وملائمة** بحيث تفضي الى الهدف الذي من أجله قرر الحق ،ولهذا قيدنا الافعال بكونها لازمة ،

أي ضرورية، ولا ندحة عنها، وكونها ملائمة، إذ لو لم تكن كذلك، بأن استعمل الحق بصورة مطلقة، لأفضى ذلك الى الانحراف عن الهدف والغاية التي شرع الحق من أجلها ، وهـــذا تغيير لأوضاع الشرع .

يتضح من هذا، أن الحق قور لأجل مصلحة معينة توخى الشارع تحقيقها عن طريق تقرير الحق ، وما يستلزم ذلك من الأفعال اللازمة والملائمــة لاستعماله ؛ فالحقوق وما تستلزم من أفعال لممارستها ، إنما هي مجرد وسائل وضعهـا الشرع في أيدي أربابها من أجل تحقيق مصالح معينة .

ونتيجة ذلك، أن الحقوق ليست مقصودة لذاتها لتكون مصدر سلطات مطلقة يتمتع بها اربابها بقطع النظر عن اهدافها ، وعن تحري الوسائل **اللازمة والملائمة** للافضاء بها الى تلك الاهداف . والى هـــذا المعنى أشار الامام الشاطبي في موافقاته بقوله :

«وأما الدنيوية ـ أي المصالح الدنيوية ـ فان الاعمال[1] ـ اذا تأملتها ـ مقدمات لنتائج المصالح، فانها اسباب لمسببات هي مقصودة للشارع، والمسببات هي مآلات الاسباب، فاعتبارها في جريان الاسباب مطلوب، وهو معنى النظر في المآلات[2]» ويقول في موضع آخر : «لما ثبت ان الاحكام شرعت لمصالح العباد، كانت الاعمال معتبرة بذلك ؛ لان الاعمال الشرعية ليست مقصودة لانفسها، وانما قصدبها امور اخر هي معانيها، وهي المصالح التي شرعت لأجلها، فالذي عمل على غير هذا الوضع فليس على وضع المشروعات[3] » .

وما يقال عن الحق يقال عن الاباحة ؛ اذ هي اذنٌ من الشارع وترخيص ،

---

(١) أعم من ان تكون اثراً لحق أو لاباحة .
(٢) الموافقات جـ ٤ ص ١٩٥ .
(٣) المرجع السابق جـ ٢ ص ٣٨٥ .

فالاعمال الشرعية على هذا، اما ان تكون اثراً لحق أو لرخصة، ومستحقها يستلزم اباحة استعمالها، غير أن الحق يورث صاحبه ميزة واستئثاراً بموضوعه، والاباحة لاتقتضي ذلك؛ بل تجعل المباح منتفعاً به على قدم المساواة من قِبَل الكافة، وهذه التفرقة لاتعنينا من حيث تكييف الفعل اللازم لاستعمالها، فهو مشروع، وانما الذي يعنينا ان نقرر ان الحقوق مجرد وسائل شرعت لتحقيق غايات معينة قصد الشارع تحقيقها . فكانت الاعمال ـ سواء منها ما نشأ عن حق أم رخصة ـ وسائل أو مقدمات لنتائج المصالح، وليست مقصودة لذاتها حتى تكون مصدراً لسلطة مطلقة يتصرف بها صاحبها كما يشاء؛ لان هذا يؤدي الى اعتبار الحق غاية في ذاته، وقد علمنا انه ليس كذلك في نظر الفقه الاسلامي .

وأيضاً، ان اعتبار الحق غاية يتنافى والقاعدة المجمع عليها، وهي أن المصالح معتبرة في الاحكام، لان التصرف المطلق قد يؤدي الى مناقضة الشارع، ومناقضة الشرع عينا باطلة، فما يؤدي اليها باطل .

هذا، وثمرة اعتبار الحق مجرد وسيلة الى تحقيق مصلحة شرع من أجلها، انه مقيد في استعماله بما يحقق هذه المصلحة، والا اعتبر المستعمل معتسفاً، كأن يتخذه ذريعة الى مجرد الاضرار بغيره، او لتحقيق نتائج ضارة بغيره، ترجح على ما يجنيه من مصلحة وهذان الوجهان من الاعتساف يقتضيان النظر في البواعث النفسية أو النتائج المادية التي تنجم عن استعمال الحقوق، كمعيارين يعرف بهما التعسف، اما النظر الى النتائج فهو معنى النظر في مآلات الافعال الذي يقرر الامام الشاطبي أنه أصل[1] معتبر مقصود في الشريعة .

---

(١) الموافقات جـ ٤ ص ١٩٥ ومابعدها .

المبحث السادس

الوظيفة الاجتماعية للحق

سبق أن قررنا ان الشريعة الاسلامية لا تعتبر الحقوق مجرد «مراكز قانونية» يحتلها اربابها للقيام بما تلقيه عليهم من التزامات ايجابية وسلبية[1]؛ فصاحب الحق ليس مجرد موظف، بل هو ذو ميزة يتمتع بها بمقتضى حقه، ومن ثم فهو يمارس حقه لمصلحته الذاتية، مقيداً بالمحافظة على حق غيره.

فحق الملكية مثلاً «حق شخصي» أقرته الشريعة، وشرعت له من الاحكام مايثبته ويصونه ويحميه، غير أنه - مع ذلك - مقيد بما لا يضر بالغير فرداً كان أم جماعة، ذلك؛ لان حق الغير - كما يقول الامام الشاطبي - محافظ عليه شرعاً[2].

وعلى هذا تثبت للحق الفردي صفة مزدوجة، هي **الفردية والجماعية** في وقت معاً. **أما الفردية** فلأن الحق ليس بذاته وظيفة بل هو ميزة، تخول صاحبها الاستئثار بثمرات حقه، فحق الفرد أصلاً شخصي.

واما الجماعية فتبدو في تقييد هذا الحق بمنع اتخاذه وسيلة الى الاضرار بغيره فرداً أو جماعة، قصداً أو بدون قصد، بالنظر الى نتائج استعماله كما سنفصله في معايير النظرية.

---

(١) راجع البحث الثاني من الفصل الاول من الباب التمهيدي في مذهب التضامن الاجتماعي من هذا المؤلف.

(٢) الموافقات ج ٢ ص ٣٢٢.

فليس القيد اذن قاصراً على منع الاضرار حتى يقيد تصرفه من الناحية الايجابية فقط ؛ بل ويشمل أيضاً تقييد تصرف ذي الحق من الناحية السلبية، فليس للمالك مثلًا الامتناع عن بيع سلعه احتكاراً لها، وتربصاً بالناس الغلاء ، وأيضاً فللدولة أن تنزع من ملكيته ما تقتضيه المصلحة العامة جبراً وفي حدود مرسومة، وليس له الامتناع عن ذلك .

كما لا يجوز له أن يمتنع عن السماح لغيره بالارتفاق بملكه ، اذا كان ذلك لا يضر به . أما تصرفه في حق نفسه فهو مقيد في التصرف بحيث لا يضر بها ، واذا فعل حجر عليه لمصلحة نفسه وغيره ممن تتعلق به مصالحهم، كالتصرف في المال سفهاً أو عبثاً بتضييع ماله باحراقه او القائه في البحر ؛ اذ المال انما وضع في يده لتحقيق مصالحه الدنيوية والاخروية، ولا يحقق التضييع - ولو برضاه - على وجه العبث شيئاً منها .

كما لا يجوز له الانتحار مثلًا او تعريض نفسه للهلاك دون مقصد شرعي معتبر ؛ لان في ذلك تفويتاً لمقصد الشارع من أدائه لحق العبودية لله تعالى وعمارة الكون .

وبالجملة فالحق الفردي مقيد بدائرة البر والصالح العام .

وعلى ذلك يمكن ان يقال ان للحق الفردي وظيفة اجتماعية، وليس هو بذاته وظيفة اجتماعية ؛ لان في اعتباره كذلك الغاء لفكرة الحق من أساسها، وقد اثبتنا ان فكرة الحق دعامة اساسية في التنظيم التشريعي الاسلامي واقمنا الادلة على ذلك ، هذا من ناحية .

ومن ناحية اخرى، ان في اعتبار الحق مركزاً قانونياً وتحويله بذاته الى وظيفة اجتماعية ما يجعل من المصلحة العامة وحدها هدفاً للشريعة، ومحوراً تدور عليه احكامها، في حين اننا اقمنا الادلة على أن الشريعة الاسلامية ترعى المصلحتين معاً الفردية والاجتماعية، وتجعل منهما غاية مزدوجة لتشريعها، وتنسق بينهما عند التعارض بقواعد محكمة مستقرة في التشريع ، ومستقاة من استقراء الاحكام التفصيلية ، وعلى ضوء من مقاصد الشريعة وأصلها العام، وهو جلب المصالح ودرء المفاسد .

وبذلك كان الفرد في الشريعة الاسلامية يتمتع بحق ذي صفة مزدوجة ،**الفردية** باعتبـار أنه حق شخصي اصلاً ، وفي هذا تكريم لشخصيته ، واعتراف بكيانه الذاتي ، وهذا الاعتبار يتصل بطبيعة الشريعة من حيث هي في ذاتها رسالة دينية تعنى ـ أول ماتعنى ـ بالفرد وذاتيته واصلاحه ، **وصفة اجتماعية** ، تراعي حق الغير من الافراد والجماعة على ما سنبينه في أصل التكافل او التضامن الاجتماعي في الشريعة الاسلامية الذي يرد قيداً على استعمال الحقوق الفردية .

وبذلك تكون الشريعة واقعية في تشريعها ، لا تتجاهل أياً من المصلحتين، وتقدم المصلحة العامة عند التعارض،مع الاحتفاظ بالتعويض على الفرد ان كان له وجه ، رعاية للحقين ، ويضطلع بمهمة التقييد والتنسيق نظرية التعسف في استعمال الحق كما ذكرنا .

ومن هنا،كانت هذه النظرية ذات فضل في الابقاء على فكرة الحق في ذاتها، واقامة التوازن بين المصلحة الفردية والمصلحة العامة .

وهذا النظر من الشريعة الاسلامية يتفق والفطرة الانسانية،فالفرد لاتنكر فرديته كما لا تنكر صفته الاجتماعية .

* * *

الفصل الثامن

الأسس التي يستند عليها تقييد الحق في الفقه الإسلامي

المبحث الاول

الاساس الاول :

المصالح[1] معتبرة في الأحكام أو غائية الحق

بينا أن الحكم الشرعي هو منشأ الحق ؛ اذ لابد في اعتبار الحق شرعا من استناده الى تقرير الشارع ، وتقريره انما يكون بحكم .

ولما كانت الاحكام في الشريعة ـ عند جمهور[2] الاصوليين والفقهاء ـ معللة بمصالح العباد في الدارين جملة وتفصيلا ، بمعنى ان كل حكم في الشريعة ـ خلا مايتعلق منها بالعبادات والمقادير الشرعية ، مما لا يستقل العقل بادراك علته[3] ـ

---

(١) نقصد بالمصالح ما هو اعم من جلب منفعة أو درء مفسدة .

(٢) خالف الظاهرية في ان احكام الشريعة معللة على سبيل التفصيل ؛ ولكنهم لاينكرون ان الشريعة في جملتها انما انزلت لمصالح العباد في الدارين .

(٣) ولذا سميت احكامها بالتعبدية ـ فلا يجري فيها القياس ، لان اساس القياس تعليل حكم النص ، وهذا لا يدرك العقل الاساس الذي بنى الشارع حكمه عليه ؛ وعلى المكلف ان ينفذها كما وردت بها النصوص ، لايتجاوز بها وقائع هذه النصوص .

لم يشرع اتفاقا أو عبثا لغير مصالح قصدت بهـــا ، أو تحكما ؛ لمجرد اخضاع المكلفين لسلطان التكليف ، دون مصلحة عائـدة عليهم في دنياهم واخراهم [1] ، وانما شـــرع لحكمة او مصلحة معينة اقتضت تشريعه ، فكان الحق غائيا بالضرورة اي شرع لغاية او مصلحة كانت هي الباعث [2] على تشريعه .

يقول الامام الشاطبي : « إن وضع الشرائع انما هو لصالح العباد في العاجل والآجل معا » .

والدليل القطعي الذي يعتمدعليه الشاطبي في تقرير هذا الاصل هو **الاستقراء** [3] ، فثمة نصوص لاتحصى من القرآن والسنة جاءت مقرونة بعللها ،وفي هذا دليل على ان الاحكام شرعت لهذه المصالح لا لمجرد التعبد بها .

ويقول **الآمدي**: «لان الأحكام انما شرعت لمقاصد العباد،أما انها ـ الاحكام ـ

---

(١) مصادر التشريع الاسلامي فيا لانص فيه ـ عبد الوهاب خلاف ص ٣٠

(٢) وتفسير الباعث هنا هو ماينطوي على حكمة مقصودة للشارع يعود نفعها على المكلفين وليست بمعنى الدافع او الحامل على التشريع ، وهو الذي انكره المتكلمون بهذا المعنى ، الإحكام للآمدي جـ ٣ ، ومذكرة الاستاذ الشيخ طه الدنياري في اصول الفقه للسنة الرابعة بكلية الشريعة ص ٥٨ ، وانظر تفسير الباعث بهذا المعنى – التوضيح لصدر الشريعة جـ ٢ ص ٣٤١ .

(٣) يقول: « والمعتمد انما هو انا استقرينا من الشريعة انها وضعت لمصالح العباد ؛ فان الله تعالى يقول في بعثه الرسل وهو الاصل :« رسلا مبشرين ومنذرين لئلا يكون للناس على الله حجة بعد الرسل »ويقول:«وما ارسلناك الا رحمة للعالمين » وقال في اصل الخلقة « هو الذي خلق السموات والارض في ستة ايام وكان عرشه على الماء ليبلوكم ايكم احسن عملا »» .

واما التعاليل لتفاصيل الاحكام في الكتاب والسنة فا كثر من ان تحصى ، كقوله تعالى بعد آية الوضوء : « ما يريد الله ليجعل عليكم من حرج ولكن يريد ليطهركم وليتم نعمته عليكم » وقال في الصيام(كتب عليكم الصيام كما كتب على الذين من قبلكم لعلكم تتقون) .
وفي الصلاة :(ان الصلاة تنهى عن الفحشاء والمنكر) الخ . . .
ومن هذه الجملة ثبت القياس والاجتهاد » .
ـ موافقات جـ ٢ ص ٧ .

مشروعة لمقاصد وحكم ، فيدل عليه الاجماع[1] والمعقول [2].

على ان المعتزلة يقولون باعتبار المصالح في الاحكام الشرعية ، فهم متفقون مع الجمهور في هذا الأصل ، وانما اختلفوا في المدرك [3].

وهذه المصالح التي تعتبر **محور** التشريع هي المقاصد التي **قسمها** الشاطبي الى ثلاث مراتب ، ورتبها **ترتيبا تنازليا** ، حسب أهميتها :

---

(١) ويبين دليل الاجماع بقوله « واما الاجماع فهو ان ائمة الفقه مجمعة على ان احكام الله تعالى لاتخلو عن حكمة ومقصود ، وان اختلفوا في كون ذلك بطريق الوجوب كما قال المعتزلة ، او بحكم الاتفاق والوقوع والتفضل - من غير وجوب ، كقول اصحابنا .

(٢) واما المعقول : فهو ان الله تعالى حكيم في صنعه ، فرعاية الغرض في صنعه اما ان يكون واجباً ، او لايكون واجباً ، فان كان واجباً فلم يخل عن المقصود، وان لم يكن واجباً - اي بطريق التفضل والاتفاق - ففعله للمقصود يكون اقرب الى موافقة المعقول من فعله بغير مقصود ، فكان المقصود لازما من فعله ظناً .

«واذا كان المقصود لازماً في صنعه، فكانت لغرض ومقصود، والغرض إما أن يكون عائداً الى الله تعالى او الى العباد ، ولا سبيل الى الاول لتعاليه عن الضرر والانتفاع ، ولانه على خلاف الاجماع ، فلم يبق سوى الثاني ».

« وايضاً - وهو وجه ثان للمعقول - فان الاحكام مما جاء بها الرسول ، فكانت رحمة للعالمين ؛ لقوله تعالى : «وما ارسلناك الا رحمة للعالمين » فلو خلت الاحكام عن حكمة عائدة الى العالمين ما كانت رحمة بل نقمة ، لكون التكليف بها محض تعب ونصب » .

« وايضاً - وجه ثالث للمعقول - قوله تعالى : « ورحمتي وسعت كل شيء » فلو كان شرع الاحكام في حق العباد لا لحكمة لكانت نقمة لا رحمة .

«وايضاً - وجة رابع للمعقول ، قوله عليه السلام: «لاضرر ولا ضرار في الاسلام» فلو كان التكليف بالاحكام لا لحكمة عائدة الى العباد - لكان شرعا نصباً محضاً، وكان ذلك هو الاسلام ، وهو خلاف النص ، الآمدي ج ٣ باب القياس .

(٣) فالاشاعرة يقولون :« لاحكم قبل الشرع » فالمصالح - في مذهبهم - تعرف من تتبع موارد الشرع ، وقبله لاقبل للعقل بادراكها .

والمعتزلة يقولون ان العقل يدركها ، والشرع جاء كاشفاً لما فهمه العقل - الموافقات ج ٢ ص ٤٤ .

الاولى : **الضروريات** .

الثانية : **الحاجيات** .

الثالثة : **التحسينيات** [1] .

يقول الامام الشاطبي: فتكاليف الشريعة ترجع الى حفظ مقاصدها في الخلق وهذه المقاصد لاتعدو ثلاثة اقسام :

احداها : ان تكون ضرورية .

الثاني : ان تكون حاجية .

الثالث : ان تكون تحسينية [2] .

صلة هذا الاصل بنظرية التعسف :

اذا ثبت ان المصالح معتبرة [3] في تشريع الاحكام ، وان الشارع جعل تلك المصالح مدارا للتكليف صونا لمقاصد الشريعة في الخلق ، وهي مصالح اجتماعية واقتصادية وسياسية وخلقية . وان الحقوق انما قررت **كوسائل** لتحقيق تلك المصالح ، تفرع عن هذا الاصل امران :

الاول : انه اذا كان قصد الشارع بتشريعه الحقوق **تحقيق مقاصدها**، وجب ان يكون قصد المكلف في استعمال الحق موافقا لقصد الله في التشريع والا كان مناقضا لقصد الشارع ، ومناقضة الشرع باطلة ـ فما أدى اليها باطل ـ لان

(١) وهي تعود الى مكارم الاخلاق ومحاسن العادات ، ومن هنا جاءت الاحكام او القواعد الخلقية مختلطة بالاحكام التشريعية في الفقه الاسلامي ، لان القيم الخلقية مقصد تدور جملة من الاحكام التكليفية لإقامته ولصيانته وحفظه، وبذلك لاينفصل المعنى الخلقي عن القواعد التشريعية في الفقه الاسلامي .

(٢) الموافقات جـ ٢ ص ٨ .

(٣) انظر في بيان هذا الاصل ايضاً « قواعد الاحكام ـ للعز بن عبد السلام جـ ٢ ص ٥٨ ، والاعتصام للشاطبي جـ ٢ ص ١١٤ واعلام الموقعين لابن قيم الجوزية ـ جـ ٣ ص ١ .

المقصود غير الشرعي هادم للقصد الشرعي ، **ومفوت للمصالح التي قررت من أجلها الحقوق** ، ومن هنا نشأت **نظرية الباعث** او الدافع[1] الذي يحرك الارادة الى التصرف لتحقيق اغراض غير مشروعة تحت ستار الحق،وعلى اساسها ابطلت الحيل ،أي على أساس ان الشريعة مبنية في احكامها على مقاصد وغايات ،لايجوز هدمها عن طريق التحيل - على قواعد الشرع بتقديم امر ظاهر الجواز لتحليل محرم او اسقاط واجب [2] ؛ لان التحيل مناقض لاعتبار المصالح في الاحكام ، اي مضاد وهادم لمقصد الشارع ، والمناقضة باطلة بالاجماع .

كما ان في اتخاذ الحق وسيلة للاضرار بالغير مما يناقض قصد الشارع ، لان الحقوق شرعت لدرء المفاسد وجلب المصالح ، لالتكون اداة للاضرار بالناس.

الثاني : ان النظر في مآلات الافعال معتبر مقصود شرعا - إبان الاجتهاد التشريعي او استنباط الاحكام ، ويتعين على المجتهد ان ينظر في هذا المآل ، وعلى ضوئه يتكيف الفعل .

ومعنى هذا ان يتجه نظر[3] المجتهد الى نتيجة العمل بالحكم وثمرته - درءاً للتعسف في التشريع او للتعسف في استعمال الحق - فان كان الحكم يتجه نحو المصالح التي هي المقاصد والغايات شرع الحكم **بمقدار مايناسب طلب هذه المقاصد المقررة** ، اي على ضوء تلك النتيجة او المآل يطلبه الشارع او يمنعه ، ومن هنا كان تخصيص النص بالمصلحة ، وتقييد مطلقه ، واستثناء حكم الواقعة من اصل عام بالنظر الى المآل ، وتفرع على هذا الأصل مبدأ الذرائع والاستحسان كما ذكرنا ، ومبدأ المصلحة المرسلة ، ومبدأ **تغير الاحكام بتغير الازمان** ، **كل هذه المبادىء تؤيد نظرية التعسف** ، **وتقيد الحق بغاياته** ، وتدرأ التعسف في استعمال الحق ، والتعسف في التشريع الاجتهادي على سواء .

وهذا التعليل يدل على ان الحقوق وآثارها من الافعال المشروعة انما هي

---

(١) اعلام الموقعين جـ ٣ ص ٨٢ . الموافقات جـ٢ ص ٣٢٣ وص ٣٣١ وص ٣٣٣

(٢) الموافقات جـ٤ ص ٢٠١ ومابعدها .

(٣) انظر كتاب ابن تيمية ، للاستاذ الشيخ محمد ابي زهرة ص ٥٠ .

وسائل شرعية ، جواز استعمالها رهن بتحقيقها للغاية التي شرعت من أجلها ، حتى اذا افضت مآلا الى نقيض قصد الشرع ، منع المكلف من التسبب في الفعل ، اي منع من استعمال الحق .

والخلاصة :

ان هذا الاصل **يقيد** استعمال الحق ، ويجعل شرعية استعماله رهنا باتجاهه الى تحقيق الغاية من شرعيته .

والاتجاه الى ذلك يعتمد أمرين :

الاول : القصد او الباعث ، فيتعين ان يكون قصد المكلف في العمل متجهاً الى تحقيق مقصد الشرع في التشريع .

الثاني : الا يكون العمل مناقضا ـ من حيث المآل والثمرة ـ للاصل الذي قامت عليه الشريعة من جلب المصالح ودرء المفاسد .

المبحث الثاني

الاساس الثاني :

أصول التكافل الاجتماعي في الاسلام

اذا كان من الثابت علماً وواقعاً أن التضامن المادي هو ماتقتضيه ضرورات العيش في جماعة ، وطبيعة العمران ؛ اذ لا يستقيم امر الحياة الا بالتضامن الاجتماعي المادي بين الافراد ، فان هذه الحقيقة التي ينبثق عنها مذهب التضامن الاجتماعي كأساس للقانون ، والتي تبلورت في العصر الحاضر لدى بعض رجال الفقه

الغربي [1] فاتخذ منها قاعدة يتفرع عنها القواعد القانونية جميعا ،بحيث لا تتناقض في احكامها مع ذلك الاصل العام الذي هو قوام الحقوق جميعا ، أقول إن هذهالحقيقة لم تأت بها الشريعة فلسفة،وانما جاءت بها **عملا تشريعيا محكما منبثا** في جميع فروع الفقه الاسلامي كما نفصله حالاً .

على ان التضامن المادي في الشريعة الاسلامية ـ بحكم تعاليمها السماوية ـ لايمثل الا جانبا من التكافل الاجتماعي العام في الاسلام ،ولا يقتصر على سد حاجة الافراد او المجتمع ماديا من حيث الغذاء والكساء والسكن ، من كل ما هو ضروري لقيام الحياة في صورتها المادية ؛ بل يتناول حفظ مقومات الفرد الاساسية في الحياة، من **حفظ دينه ونفسه وماله ونسله وعقله** [2] .

وبذلك شمل نواحي الحياة مادياً ومعنوياً .

التكافل الاجتماعي وليد الاصول العامة في التشريع :

على ان التكافل الاجتماعي في الاسلام لم يفرض فرضا على المكلفين العاملين باحكامه ؛ بل كان **نتيجة طبيعية** لاصول عامة مستقرة يقوم عليها التشريع الاسلامي ، **خلقية وتشريعية وهي** :

اولا : الرحمة :

فالرحمة هي الغاية من انزال الشريعة « وما ارسلناك الا رحمة للعالمين »

---

(١) الفقيه الفرنسي دوجي ، غير إن هذا الفقيه تطرف فالغى فكرة الحق وحولها بذاتها الى وظيفة اجتماعية ؛ في حين احتفظ الفقه الاسلامي كما بيننا بفكرة الحق كدعامة اساسية للتنظيم التشريعي الاسلامي،واقام التوازن بين الحقوق المتعارضة،ولاسيما الفردي مع المصلحة العامة عن طريق نظرية التعسف .

(٢) التكافل الاجتماعي في الاسلام ـ كتيّب ـ للاستاذ الاكبر الشيخ محمود شلتوت .

وفي مفهوم الرحمة يدخل معنى **العدل** ؛ إذ العدل في الحكم رحمة ، **والاحسان** ـ وهو تجاوز العدل في التعامل الى الفضل ـ رحمة .

على ان الرحمة ـ كعامل نفسي ـ تستلزم انتفاء نية الاضرار عقلا، فحديث: «**لاضرر ولا ضرار**»،**من مستلزمات**قانون الرحمة المسيطر على التعامل والنشاط الاقتصادي في الاسلام بوجه عام ، ومحال ان تجتمع في العوامل النفسية **عاطفة الرحمة** ، **ونية الاضرار** ، فاذا كان الحديث «**لاضرر ولاضرار**» يعتبر قاعدة اساسية حاكمة على جميع الحقوق بتقييدها ـ من حيث بواعث استعمالها او مآله ـ بعدم الاضرار والضرر،فان ذلك لازم عقلي**لقانون** الرحمة، كما يقول الآمدي في صدد اثبات ان الاحكام معللة **بمصالح** العباد بالادلة العقلية :

« وأيضا ـ وهو وجه ثان معقول ـ فان الاحكام مما جاء بها الرسول ، فكانت **رحمة** للعالمين ؛ لقوله تعالى« وما ارسلناك الا رحمة للعالمين » فلو خلت الاحكام عن حكمة عائدة الى العالمين،ما كانت رحمة ؛بل نقمة ؛لكون التكليف بها محض تعب ونصب . »

على ان المصلحة اذا كانت غاية الحق،فليست هذه المصلحة مجردة عن الرحمة؛ بل **الرحمة** ثمرة المصلحة **وغايتها** [1] .

ثانياً ـ الاخوة :

يقرر القرآن الكريم الاخوة كحقيقة واقعة ثابتة « **إنما المؤمنون إخوة** » « فأصبحتم بنعمته إخواناً»وهذه الحقيقة يعلمها المؤمن،ويشعر بها صلة بينه وبين غيره من الفرد والجماعة ، فيحكمها ، وينزل على مقتضيات هـذه **الصلة في كل تصرف** .

---

(١) مقال للاستاذ ابي زهرة رسالة الاسلام عدد/١ سنة ١١/ص ٢٨ .

لا يقال إن هذه العوامل النفسية لا مجال لها في البحث الفقهي ؛ لأنا نقول : إن نية الاضرار - وهي عامل نفسي محض ، من البواعث التي يقيم لها **القانون** وزناً ، ولاسيما في نظرية التعسف [٢] ، ويعكس أثرها على التصرف ، فيجعله غير مشروع بعد أن كان مشروعاً في الأصل ، فلا مانع من أن نأتي بالعوامل النفسية الأخرى التي غرسنها الشريعة في النفس الانسانية ،بحيث لا يتصور اجتماعها عقلاً مع نية الاضرار .

واذا كانت نية الاضرار إبان استعمال الانسان لحقه مما يخل بالتضامن الاجتماعي ، فالرحمة مما يعمل على خلق هذا التضامن وتوثيقه

ثالثا - الولاية والتناصر : قال تعالى :

« المؤمنون والمؤمنات بعضهم اولياء بعض » .

وهي تقتضي **التناصر والتضامن** في جميع شئون الحياة بمقتضى الايمان .

رابعا - المحبة :

« لايؤمن احدكم حتى يحب لاخيه مايحب لنفسه » وهي ثمرة الاخوة ، والاخوة ثمرة الايمان ، فالمحبة ثمرة الايمان .

فهذه دوافع طبيعية يخلقها **الايمان** في جميع المجالات الحيوية،وهي التي تخلق التكافل بين المؤمنين .

ومانرى الاحكام الواردة في القرآن الكريم والسنة والمتعلقة بالتكافل الاجتماعي **الا ثمرة هذه الاصول** النابعة من تلك القيمة العظمى التي القى بها الاسلام في المجتمع البشري ، وهي عقيدة « الايمان » بمبدأ الخير الاسمى ، وهو

---

(١) راجع المادة ٦ / فقرة اولى / من القانون المدني في الجمهورية العربية المتحدة .

الله تبارك وتعالى ، ومن هنا ندرك مـدى امتزاج القواعد التشريعية بمبادىء **الدين والخلق** .

فقول الرسول عليه الصلاة والسلام :

« المؤمن للمؤمن كالبنيان يشد بعضه بعضا »وقوله« المسلم من سلم المسلمون من لسانه ويده » أي لايؤذي المسلم احـــدا من المسلمين **بفعل ولاقول** [1] ، وقوله : « مثل المؤمنين في توادّهم ... الحديث ، وغير ذلك كثير ، ممـــا يؤكد ذلك .

وقد يصل المسلم — بفعل هذه الدوافع الايمانية الطبيعية الى حد التسوية والاشتراك في الخيرات والمنافع ؛ بل **الايثار** [2] .

« ويؤثرون على أنفسهم ولو كان بهم خصاصة »« ويطعمون الطعام على حبه مسكيناً ويتيماً وأسيراً » .

ومحل هـــذا **الايثار** ، اذا لم يضيّع المؤثر على نفسه مقصوداً من مقاصد الشارع في المحافظة على نفسه ، أو دينه ، أو عرضه ، فان توقّع ذلك في غالب ظنه كان المقصد الشرعي اولى بالرعاية .

خامساً — التعاون على البر والتقوى — ومجانبة الاثم والعدوان :

اذا كان الفرد — في نظر الشـــريعة — ذا كيان مستقل ، وشخصية ذاتية مسئولة ،بدليل الاعتراف له بحقوقه من الحرية والعصمة والمالكية [3]، فهو — مع ذلك — يرتبط بمجتمعه — **افراداً وجماعات** — برباط البر والخير المشترك ، أو

(١) احياء علوم - الدين للغزالي، جـ ٢ ص ١٩٠ وما بعدها . و قرأ ماجاء فيه من مثل هذه الآثار حتى ص ١٩٩ .

(٢) الموافقات جـ ٢ ص ٣٥٢ وما بعدها .

(٣) التوضيح جـ ٢ ص ١٦٢ .

الصالح العام ، فاستقلاله ليس مطلقاً ؛ اذ هو مأمور بالتعاون – مع غيره ممن يعيش في مجتمعه بوجه خاص ، والمجتمع الانساني بوجه عام – في دائرة البرّ ، والبر اسم جامع لكل خير ، فيشمل التعاون في جميع أوجه الخير في الحياة ، وتصرفه في جميع أوجه نشاطه مقيد بالتعاون في هذه الدائرة .

وعلى هذا ، فالمسلم مأمور بالتصرف على نحو لا يضر بغيره من الافراد – فذلك من مقتضى التعاون ، ولا يضر بالصالح العام ، وهذا هو التصرف الذي ينطوي على **المعنى الاجتماعي** الذي دعا اليه الاسلام ؛ بل هو منهي عن كل تصرف يخلو من هذا المعنى الاجتماعي ، او ينطوي على الإثم والاضرار ، بقوله تعالى : « **ولا تعاونوا على الاثم والعدوان** » .

فالآية الكريمة – كما نرى – تنطوي على أصل عام ذي **وجهين ايجابي** : هو التصرف على وجه تعاوني في حدود البر والخير المشترك ، **ووجه سلبي** وهو مجانبة الإثم بشتى صوره ، ومنه الاضرار بالغير ، والغش نحو قواعد الشريعة ، كالتحايل المفضي الى خرم تلك القواعد من تحليل محرم او اسقاط واجب .

وعلى هذه القاعدة التضامنية التعاونية بوجهيها الايجابي والسلبي ، تقوم الاحكام التفصيلية في الشريعة الاسلامية ، واذا كان الاصل بعمومه يشمل جميع صور التعاون في الحياة مادياً ومعنوياً ، فان الاصوليين جعلوها اصلاً يحتكم اليه في تكييف التصرفات المشروعة اذا اتخذت ذريعة للاحتيال على قواعد الشرع بوجه خاص . وبيان ذلك :

أنه فيما يتعلق بنظرية التعسف ، احتكم الاصوليون الى هذه القاعدة العامة التي تعتبر اساس نظرية الشريعة الاسلامية في إعمال الباعث غير المشروع ، في ابطال التصرف ، شريطة أن يتصل علم المتعاقد الآخر بالباعث ، حتى اذا علم ابطل التصرف ؛ لأنهم اعتبروا أن تنفيذ مثل هذا التصرف من باب **التعاون على الاثم** ، وهو ممنوع بالنص .

وفي هذا يقول الامام الشاطبي : إن جميع الفقهاء اتفقوا على أنـه لا يجوز التعاون على الإثم باطلاق ، والخلاف فيما يتحقق به التذرع [1] .

وعلى ذلك تكون هـذه الآية قيداً على **التصرف** بوجه عام بأن يكون في دائرة البر ، ومنه استعمال الحق ؛ بل هي الاســاس الذي تقوم عليه نظرية الشريعة كما قدمنا .

المبحث الثالث

الاساس الثالث

التضامن المادي واثره في تقييد الحق

بالنسبة للمصلحة العامة

يبدو مظهر هذا التضامن في القواعد الفقهية التي تنسق بين المصالح الفردية المتعارضة ، أو بين المصلحة الفردية والمصلحة العـامة ؛ فمن ذلك : قاعدة « الضرر يدفع بقدر الإمكان [2] » ـ وقاعـدة « الضرر يزال » [3] ـ وقاعـدة « الضرر الاشد يُزال بالاخف [4] » .

فدفع الضرر قبل الوقوع ،او **ازالته** بعد الوقوع ، قد لايتأتى إلا بحدوث ضرر آخر ، فيتعارض دفع الضرر أو إزالته ، والضرر الناشىء منها ؛ لذا وضع الفقهاء أحكاماً لذلك فقالوا :

---

(١) الموافقات جـ ٣ ص ٣٦٠ وما بعدها ـ و جـ ٤ ص ٢٠٠ وما بعدها .

(٢) مجلة الاحكام العدلية المادة ٣١ .

(٣) المادة ـ ٢٠ .

(٤) المادة ـ ٢٧ .

إن الضرر الذي يراد دفعه او ازالته ، **اما عام او خاص** ، فإن كان خاصاً فاما ان يكون **أشد او اخف او مماثلاً** ، وقد استنبط الاصوليون والفقهاء لكل حال قاعدة ، وأتوا بتفريعات شتى [1] .

تقييد الحق الفردي ازاء المصلحة العامة :

فإن كان الضرر عاماً ، فقد وضعوا له القاعدة الآتية ، « يتحمل الضرر الخاص لدفع ضرر عام [2] » ـ وبيان ذلك ـ أن التصرف المأذون فيه شرعاً للفرد ـ لجلب مصلحة أو درء مفسدة ـ لا يطلق القول فيه بالمشروعية [3] ـ فقد ينشأ عن هذا التصرف الفردي المشروع في الأصل ، ضرر عام ، يلحق المسلمين عامة ، او قطراً من أقطارهم ، أو أهل بلد ، او جماعة عظيمة من أهل البلد ، ويغلب على الظن وقوعه ، وعندئذ يمنع الفرد من هذا التصرف ، وإن لحق به ضرر ، لانه ينجبر بالتعويض العادل إن كان له وجه ، وذلك لما يؤول اليه من إخلال بمبدأ التعاون أو المصلحة العامة .

... ومن المقررات الشرعية أن « الضرر الخاص يتحمل لدفع ضرر عام » .

وضابط ذلك ـ كما ترى ـ **الموازنة** ، بين المصلحة التي شرع التصرف من أجلها ، وبين مايلزم عنها من مفسدة مساوية أو راجحة ، فاذا لزم عنها ذلك ، أصبح التصرف غير مشروع ، لمناقضته قصد الشارع ، ولو كان في الاصل مشروعا .

ووجه المناقضة : أن الشارع الحكيم لم يأذن في التصرفات لتكون **وسائل** [4] لتحقيق مفاسد مساوية للمصالح التي شرعت من أجلها ، أو راجحة عليها ، لما في ذلك من التناقض مع **الاصل العام** الذي قامت عليه الشريعة ، من جلب

---

(١) سيأتي مزيد بحث في القواعد التشريعية التي تعتبر مؤيدات لنظرية التعسف ، بل دعامات اساسية تنهض بها ، مع التطبيقات العملية .

(٢) المرجع السابق مادة/٢٦ .

(٣) الموافقات جـ ٤ ص ١٩٨ .

(٤) الموافقات جـ ٣ ص ٢٥٩ .

المصالح ودرء المفاسد ، ومن ان درء المفسدة ، مقدم على جلب المصلحة .

وأيضاً فان المنطق الاصولي قاض بأن التشريع **كلٌ متسق لا تتناقض أجزاؤه** مع الاصل العام ، ولذا وجب التنسيق بين الاحكام الجزئية وقواعد التشريع العامة ، وهو ما تضطلع به نظرية التعسف في استعمال الحق ؛إذ تقضي النظرية في هذا الصدد ، بأن التصرف المشروع في ذاته لا يبقى على أصل المشروعية اذا تناقض مع مبدأ التعاون [١] – كما يسميه الإمام الشاطبي – او المصلحة العامة .

ولذا قيد التصرف الفردي – سواء أكان بمقتضى حق أم إباحة – بمنع الاخلال بمبدأ **التعاون** ، او بالمصلحة العامة ، ودرءاً لمناقضة الشارع ، لما بينا .

وعلى هذا ، فالأصل الذي يدور عليه بقاء مشروعية التصرف الفردي – درءاً لمناقضة قصد الشارع – ألا يناقض روح الشريعة وقواعدها العامة أو أصلها العام .

وهذا القيد الذي يلقى به **مبدأ التعاون** على التصرف الفردي المشروع في ذاته – **يجعل للحق معنى اجتماعياً** – كما يجعل الفرد مرتبطاً بجماعته برباط التعاون في دائرة البر والخير المشترك .

وهذا المعنى **الاجتماعي**، للحق او الاباحة في الشريعة الاسلامية، هو مقتضى مبدأ التضامن الاجتماعي ؛ ولذا قيدت حرية التجارة – كتلقي السلع ، وبيع الحاضر للبادي [٢] – بما ينفي الضرر عن اهل البلد ، فالتصرف في الاصل مأذون فيه ؛ لأنه يتعلق بمصلحة فردية هي إرفاق الشخص لعياله، وكسب الرزق بما يدفع عنهم الحاجة والعسر، أو يقيم أوَد حياتهم، فالمصلحة – كما ترى – **حاجية** ، وقد تبلغ حد

---

(١) الموافقات حـ ٣ ص ٢٥٩ .

(٢) سنن ابي داود جـ ٣ ص ٣٦٧ ، النووي على مسلم جـ ٤ ص ٨ ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي للدكتور السنهوري جـ ٢ ص ٩٠ – ص ٩٢ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ١٣٨ ، فتح القدير جـ ٦ ص ١٠٦ ، الاحياء للغزالي جـ ٢ ص ٨ .

الضرورة؛ ولكن ـ مع هذا ـ لا يطلق القول بالمشروعية بالنظر الى مايؤول اليه **تصرفه** ـ ولو كان الباعث عليه مشروعاً ـ من مآل ممنوع ، وهو الاخلال بمبدأ التعاون[1]، كما يقول الامام الشاطبي، فرجح مايقتضيه هذا المبدأ؛ لما فيه من دفع ضرر **أشد** ، فلو أطلق القول في التصرف الفردي المأذون في الاصل بالمشروعية، دون نظر الى مآله، فربما ادى استجلاب المصلحة الى مفسدة مساوية او راجحة، فيكون **هذا** المآل الممنوع ـ لاخلاله بمبدأ التعاون ـ مانعاً من القول بالمشروعية، توقياً من **مناقضة** الشرع ، **أو قل من التعسف في استعمال الحق**، وبهذا ترجح المصلحة العامة.

هـذا الترجيح الذي يعتمد **ضابط الموازنة** ، كما ذكرنا ، هو صورة من صور تطبيق اصل من اصول نظرية التعسف، ولا ينظر في هذا الترجيح الى العوامل النفسية من البواعث او الدوافع؛ بل ينظر الى **النتيجة المادية الواقعة او المتوقعة** ، وهو مايسمى **بالمآل** الذي يؤثر في تكييف الفعل المشروع في الاصل، درءاً للتعسف.

وهكذا نرى بجلاء ان مبدأ **التضامن** او **التعاون** يقيد استعمال الحق الفردي، **فيمنع التصرف الفردي المشروع** في الاصل اذا **اخل** بمبدأ **هذا التضامن او التعاون** من حيث المآل .

ويؤكد الامام الشاطبي هذا المعنى بقوله[2]« كالمنع من تلقي الركبان »، فان منعه في الاصل ممنوع ؛ اذ هو من باب منع الارتفاق، وأصله **ضروري أو حاجي**؛ لاجل اهل السوق ، ومنع بيع الحاضر للبادي ؛ لانه في الاصل منع من النصيحة، **إلا انه إرفاق لاهل الحضر . وتضمين الصناع قد يكون من هذا القبيل** ، وله نظائر كثيرة ، فان جهة **التعاون** هنا أقوى. وقد أشار الصحابة على الصدّيق ـ اذ قدموه خليفة ـ بترك التجارة ، والقيام بالتحرف على العيال ؛ لاجل ماهو اهم في **التعاون** ، وهو القيام بمصالح المسلمين ، **وعوضه** من ذلك في بيت المال [3] » .

(١) الموافقات ج ٣ ص ٢٥٩ وما بعدها .

(٢) الموافقات ج ٣ ص ٢٦٠ .

(٣) المرجع السابق ج ٣ ص ٢٦٠ . وانظر تعليقات الاستاذ الشيخ عبد الله دراز في الهامش .

ويقول الشيخ عبدالله دراز في تعليقه شارحاً قول الامام الشاطبي هذا ، في بيان الاصل الذي يقوم عليه منع تلقي السلع ، وبيع الحاضر للبادي ما يلي :

«واهمال هذا الكسب وتركه - اي تلقي السلع - منهيٌ عنه ؛ولكنه يؤدي الى **مصلحة عامة** ،حيث يشترون من السوق حاجاتهم بدون تعنت الوسيط الذي يرفع الأثمان ، فهو منهيٌ عنه يؤدي الى مطلوب ، هو **إرفاق العامة** ، فقدمت المصلحة العامة » .

«ومثله بيع الحاضر للبادي: هو من الضروري او الحاجي،وهو نصح مطلوب وتركه منهي عنه ؛ لكن هذا الترك فيه **تعاون ورفق بأهل الحضر** ؛ لان البدوي يبيع لهم حسبما يفهم هو في الاسعار،ولكن الحاضر اذا باع له ،يقف على الاسعار الجارية في **الحضر** ، وفيه **تضييق عليهم** ، **فالغى النهي** عن ترك النصح، وروعي المطلوب ،وهو **التعاون** ؛**رفقاً بالحضر؛ وتقديماً للمصلحة العامة** [١] » .

ويقول الشيخ عبد الله دراز أيضاً : هذا ، « وباب الحكم على الخاصة لاجل العامة واسع ، ومنه نزع الملكية الخاصة للمنافع العامة ، ومنه تشريح جثث الاموات لفائدة طب الاحياء ، الى غير ذلك [٢] » .

واذا جاز نزع الملكية الخاصة من اجل توسيع مسجد او طرقات عامة ؛ فلأن تنزع لمصلحة اكبراثراً في حياة الجماعة من الناحية الاقتصادية من باب اولى، فقواعد الشريعة لا تأبى ذلك،مادامت تعتمد في الحل والحرمة،وبالتالي في الاذن والمنع ،على ضابط **الموازنة** بين النتائج.ونورد امثلة من كتب الاصوليين والفقهاء - بمختلف مذاهبهم - لنؤكد **اجماعهم** على هذا الاصل ، **وهي** - في الوقت عينه - تسفر عن روح الشريعة من خلال ما أتوا به من احكام .

ففي المذهب **الحنفي والمالكي** : يجوز نزع ملكية ما يحتاج اليه المسجد او

---

(١) المرجع السابق .

(٢) المرجع السابق - انظر الهامش .

الطرقات العامة لتوسيعها من **أرض مجاورة مملوكة للافراد** ، واذا امتنعوا[1] **نزعت جبراً** ، وذلك **بالقيمة** التي يساويها العقار ، ويقول الامام الشاطبي : ان الامتناع في مثل هذا الحال يعتبر تعديا [2] اي تعسفاً .

ويقاس على ذلك توسيع مجرى نهر ، أو انشاء جدول أو مصرف عام ، أو إنشاء مستشفى ، او توسعته ، او ما أشبه ذلك ، مما له صلة بالمصلحة العامة ، اذا تعين النزع طريقاً الى ذلك ، وهذا من باب « ما لايتم الواجب الا به فهو واجب » .

وقد ثبت ان رسول الله ﷺ حمى ارض النقيع[3] لخيل المسلمين المرصودة للجهاد ، وقد قال رسول الله ﷺ : « لا حمى الا لله ورسوله » ويقول ابو عبيد في كتابه الاموال : « للامام ان يحمي ما كان لله مثل حمى النبي ﷺ ، وكذلك حمى عمر (رضي الله عنه) ارضاً بالربذة والشرف[4] » ، وهذا كله من باب قضاء المصلحة العامة على المصلحة الخاصة .

والمعنى الذي من اجله قدمت المصلحة العامة ، يمكن القياس عليه والتوسع فيه ، فقد قاس ابن قيم الجوزية منافع الزراع والصناع والعمال والحرفيين وارباب الكفاءات التي تحتاج اليها الامة ، على الاقوات الضرورية ، بجامع الحاجة ، فتكون في الحكم سواء في منع احتكارها ، ويجيز لرئيس الدولة العادل **التدخل** لدفع ضرر اكبر عن الناس من لحاق ضرر اخف بهذه الطوائف ، باجبارهم على العمل **باجر المثل** .

يقول ابن قيم الجوزية : « **ومن ذلك** ان يحتاج الناس الى صناعة طائفة - كالفلاحة والنساجة والبناء - فلولي الأمر **ان يلزمهم بذلك بأجرة**

---

(١) الاختيار شرح المختار حـ ٣/٣٨٣ و ٣٨٤ - والمدخل للاستاذ مصطفى الزرقاء حـ ١ ص ٢٢٧ .

(٢) الموافقات حـ ٢ ص ٢٢٧ .

(٣) موضع معروف قرب المدينة .

(٤) وهما موضعان بين مكة والمدينة - و ص ٣٥٠ وما بعدها حـ ٣ ص ٢٧٠ - والمغني - لابن قدامة - حـ ٥ ص ٥٢٩ .

مثلهم ؛ فانــه لا تتم المصلحة الا بذلك [1] » .

ويؤخذ من هذا ايضاً، أن تعلّم هذه **الاعمال والصناعات على نحو علمي فرض على الكفاية** ، فلولي الامر ان يلزم طائفة من الامة بتعلمها اذا لم يقبل احد عليها، والناس في حاجة الى ذلك ، وبذلك يصبح فتح كليات للزراعة والتجارة وما اليها وكذلك انشاء المصانع من كل ماتحتاج اليه المصلحة العامة اداء لهذا الفرض الكفائي .

هذا ، **وللجماعة نوع مشاركة في اموال الاغنياء** ، وعلى ولي الامر العادل ان يرعى المصلحة العامــة بفرض ما تقتضيه كفاية المصلحة اذا خلا بيت المال ، ولا يقتصر المفروض على الزكاة .

جاء في الجامع لاحكام القرآن للقرطبي في تفسير قوله تعالى : « وآتى المال على حبه ذوي القربى » انه قد استدل بها من ذهب الى ان **في المال حقاً سوى الزكاة** ، وقيل الزكاة المفروضة ، **والأول** اصح ، لما خرجه الدارقطني عن فاطمة بنت قيس ، قالت: قال رسول الله ﷺ : « **ان في المال حقاً سوى الزكاة** » ثم تلا هذه الآية « ليس البر ان تولوا وجوهكم . الآية » [2] .

فالتضامن الاجتماعي المادي ان لم يتحقق تلقائياً ويوازع الدين ، فان ولي الامر العادل ملزم بتنفيذ ذلك بقوة السلطان .

جاء في المحلى [3] « وفرض على الاغنياء من اهل كل بلد ان يقوموا بفقرائهم ويجبرهم السلطان على ذلك إن لم تقم الزكوات بهم » واستشهد على ذلك بالآيات والاحاديث الواردة في هذا الباب ، ومما استشهد به قول عمر رضي الله عنه « لو استقبلت من امري ما استدبرت ، لاخذت من الاغنياء فضول اموالهم فرددتها **على الفقراء** » .

وكلما اشتدت حاجة المصلحة العامة واتسعت ، كان الفرض آكد ، والمقدار

---

(١) الطرق الحكيمة ـ لابن قيم الجوزية ـ ص ٢٨٩ .

(٢) الجامع لاحكام القرآن ـ للقرطبي ـ ج ٢ ص ٢٣٢ .

(٣) المحلى ـ لابن حزم ج ٦ ص ١٥٦ .

اكبر ، بحيث يدفع تلك الحاجة ، اذا عجز بيت المـال عن الوفاء بها ؛ لتقوية الجيش،او لدفع ماتزل بالبلاد من خطر داهم ، أو كوارث عامة ، من زلازل او فيضان او مجاعة.وفي هذا يقول الامام الشاطبي في كتابه الاعتصام: « انا اذا قررنا اماماً مطاعاًمفتقراً الى تكثير الجنود لسد الثغور ،وحماية الملك المتسع الاقطار، وخلا بيت المال ، وارتفعت حاجات الجند الى مالا يكفيهم ـ فللإمام ـ اذا كان عدلا ـ ان يوظف على الاغنياء **مايراه** كافياً لهم في الحال ، الى ان يظهر مال بيت المال ، **ثم اليه النظر** في توظيف ذلك على الغلات والثمرات وغير ذلك...**وانما لم ينقل مثل هذا عن الاولين ،لاتساع بيت المال في زمانهم**،بخلاف زماننا ... فانه لو لم يفعل الامام ذلك النظام بطلت شوكة الاسلام وصارت ديارنا عرضة لاستيلاء الكفار ...[1] » .

وهنا يؤصل الشاطبي القاعدة التي تحكم تدخل رئيس الدولة العادل في شئون الافراد رعاية للمصلحة العامة، فيقول: «**فاذا عورض هذا الضرر العظيم بالضرر اللاحق لهم بأخذ البعض من اموالهم** ، فلا يتمارى في ترجيح الثاني على الاول ، وهو مما يعلم **من مقصود الشرع قبل النظر في الشواهد** » .

وهذه هي قاعدة « يختار اهون الشرين »، أو قاعدة : « الضرر الاشد يزال بالضرر الأخف » أو قاعدة : « يُتحمل الضرر الخاص لدفع ضرر عام » .

ويضرب الامام الغزالي، مثلا لما يجيز لولي الامر التدخل في الحق الفردي، ويقاس عليه مافي معناه، مما هو متصل بالمصلحة العامة، اذ يقول : « اذا خلت ايدي الجنود من الاموال ، ولم يكن من مال المصالح ـ بيت المال ـ مايفي بنفقات العسكر ، وخيف من ذلك دخول العدو بلاد الاسلام ، أو ثوران فتنة من قبل اهل الشر، جاز للامام ان يوظف على الاغنياء مقدار كفاية الجند ؛ لانا نعلم انه اذا تعارض شران او ضرران **قصد الشرع دفع اشد الضررين واعظم الشرين**[2] »

---

(١) الاعتصام للشاطبي ـ ج ٢ ص ١٢١ .

(٢) المستصفى للغزالي ـ ج ١ ص ٣٠٣ .

ويقول الامام العز بن عبد السلام في ترجيح المصلحة العامة عند التعارض مع المصلحة الخاصة ما يلي :

« المصلحة العامة كالضرورة الخاصة ، ولو دعت ضرورة واحد الى غصب اموال الناس لجاز له ذلك ؛ **بل يجب عليه** اذا خاف الهلاك ؛ لجوع ، او حر او برد ، واذا وجب هذا لإحياء نفس واحدة ، فما الظن باحياء النفوس.. **بل اقامة هؤلاء ارجح من دفع** الضرورة **عن واحد**[1] » .

ومن الاحكام التفصيلية التي قيدت الحق الفردي ازاء مصلحة الجماعة ، والتي تعتبر مظهراً تشريعياً للتضامن المادي الاجتماعي في الشريعة مايلي :

١ – اتفاق المسلمين على تضمين الصناع مع ان الاصل فيهم الامانة[2] .

٢ – وجوب نقض حائط مملوك مال الى طريق العامة على مالكه ؛ دفعا للضرر العام ، و كذلك لو انشق او وهن طولا او عرضا[3] ويقول صاحب الهداية : ودفع الضرر العام من الواجب ، وله تعلق بالحائط ، فيتعين لدفع هذا الضرر ، وكم من ضرر خاص يتحمل لدفع ضرر عام[4] » .

٣ – الحجر على السفيه عندهما ، وعليه الفتوى ؛ حرصاً على مصلحته هو ، ومصلحة دائنيه واسرته ، وعلى مصلحة اموال الامة ، خوفاً من أن يصبح هو واولاده عالة على بيت المال[5] .

٤ – اجاز ابو حنيفة الحجر على البالغ العاقل الحر فيما اذا كان مفتيا ماجنا ، ليحفظ على الناس دينهم – والطبيب الجاهل ؛ ليحفظ عليهم صحتهم – والمكاري

---

(١) القواعد للعز بن عبد السلام جـ ٢ ص ١٦٢ .

(٢) الموافقات جـ ٢ ص ٣٥٠ .

(٣) الاشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٢١ .

(٤) الهداية جـ ٤ ص ١٥٤ .

(٥) الاشباه لابن نجيم ص ١٢١ . وعندهما – اي عند صاحبي أبي حنيفة رضي الله عنه وهما ابو يوسف ومحمد رضي الله عنهما .

المفلس ؛ ليحفظ عليهم اموالهم ؛ دفعا للضرر العام[1].

٥ – منع اتخاذ حانوت للطبخ بين البزازين .

٦ – بيع مال المدين المحبوس ،عندهما؛لقضاء دينه ،دفعا للضرر عن **الغرماء**، وهو المعتمد[2] .

٧ – بيع **طعام المحتكر** جبراً عليه عند الحاجة وامتناعه من البيع ، دفعا للضرر العام، وكذلك وجوب التسعير عند تعدي ارباب الطعام في بيعه بغبن فاحش [3] .

٨ – النهي عن تلقي السلع او بيع الحاضر للبادي اذا كان ذلك ضاراً بأهل البلد[4] .

ويؤخذ من هذه النصوص التي وردت عن ائمة الاصول والمذاهب الفقهية المختلفة – الحنفية [5] – المالكية[6] – الظاهرية[7] – الحنابلة[8] – الشافعية[9] – ومن الاحكام التفصيلية التي فرعها اصحاب القواعد والفقهاء على مبدأ تقديم المصلحة العامة على الخاصة مايلي :

اولاً – ان المصلحة العامة – ولو لم تبلغ مرتبة الضرورة بان كانت حاجية – تقدم على المصلحة الخاصة ، وتقيد الحق الفردي ، وتكون النصوص الدالة على مصونية ذلك الحق ، او الدالة على مبدأ الرضائية في العقود ، مخصوصة بالمصلحة

---

(١) المرجع السابق .

(٢) المرجع السابق .

(٣) المرجع السابق .

(٤) الموافقات ج ٢ ص ٣٥٠ ، والمرجع السابق ج ٣ ص ٢٥٩ .

(٥) رد المختار – ج ٣ ص ٣٨٣ و ٣٨٤ .

(٦) الموافقات – للشاطبي – ج ٣ ص ٣٥٠ والاعتصام للمؤلف نفسه – ج ٢ ص ١٢١ . الجامع لاحكام القرآن ، تفسير القرطبي ج ٢ ص ٢٣٢ .

(٧) المحلى – لابن حزم ج ٦ ص ١٥٦ .

(٨) ابن قيم الجوزية ، الطرق الحكمية ص ٢٨٨ وما بعدها .

(٩) الام – ج ٣ ص ٢٦٦ .

العامة ؛ لأن الحاجة اذا قربت من الضرورة نزلت منزلتها .

وفي الواقع ، ان هذا تخصيص بالنصوص الدالة على نفي الحرج في الشريعة كما قدمنا ، من قوله تعالى :

« ماجعل عليكم في الدين من حرج» «يريد الله بكم اليسر ولايريد بكم العسر» حتى استقر في الفقه الاسلامي قاعدة محكمة «المشقة تجلب التيسير »

ثانياً – ان لولي الامر العادل التدخل في شئون الافراد رعاية لهذا الصالح العام ، وتنفيذ مقتضياته بقوة السلطان .

ثالثاً – بحكم قاعدة التدخل لتقييد حق الافراد ، قاعدة « يُختار [1] اهون الشرين » او كما يقول الامام الغزالي : دفع اشد الضررين واعظم الشرين[2].

رابعاً – ان تقييد الحق الفردي مبناه القاعدة العامة التي تعتبر من مقتضيات التضامن الاجتماعي في الفقه الاسلامي « التعاون على البر والتقوى » والتي من اجلها قد يسلب الفرد حقه في كسب الرزق ، مع ان مصلحته فيه قد تكون حاجية أو ضرورية كما قال الامام الشاطبي – **فالغى النهي** وروعي جانب **التعاون او التضامن**[3] – كما ورد في تلقي السلع وبيع الحاضر للبادي .

خامساً – ان تقييد الحق الفردي – كنتيجة لقضاء المصلحة العامة على الخاصة في الفقه الاسلامي – لايقتصر على الحق بمعناه الخاص او المعين ؛ بل يشمل الاباحات[4] ، من حرية التجارة مثلا – كتلقي السلع ، فهو مقيد بمنع الضرر عن

---

(١) مجلة الاحكام العدلية مادة / ٢٩

(٢) المستصفى جـ ١ ص ٣٠٣ ومن ذلك مايتفرع عن هذه القاعدة ، يتحمل الضرر الخاص لدفع ضرر عام – المجلة العدلية مادة / ٢٦ .

(٣) الموافقات جـ ١ ص ٢٥٩ .

(٤) وثمة امثلة اخرى لتقييد الاباحات من اجل المصلحة العامة من مثل حق التملك ، فهو مقيد ايضا بما لا يضر بجماعة المسلمين ، فقد أورد الشافعي في كتابه الام جـ ٣ ص ٢٦٦ انواعا من المعادن الظاهرة التي لايفتقر في استخراجها الى مؤنة ، عن ان تكون محلا للتملك – وقد اوردنا فيما سبق ، ان المذهب المالكي – بمقتضى رأي فيه – يقرر ، **أن** جميع المعادن – جامدة او سائلة – ملك للدولة – ولا يجيز للافراد ان يكون لهم فيهـــا حق التملك .

أهل البلد ، فتقييد الحق الفردي بما يمنع الضرر عن الامة من باب اولى .

واذا كان التقييد هو ماتقتضيه نظرية التعسف ـ وقد اتخذ هنا صورة ترجيح مصلحة على اخرى ؛ دفعا للضرر الأشد ـ فمعنى هذا ان مجال تطبيق هذه النظرية يشمل **الحقوق والاباحات** .

سادساً ـ لا ينظر في تقييد الحق الفردي من أجل المصلحة العامة الى قصد ذي الحق ، او الباعث لديه ؛ فقد يكون حسناً ومشروعاً ، ومع ذلك يمنع بالنظر الى مآل فعله ، الا ترى ان الحاضر يمنع من البيع للبادي ولو لم يقصد الاضرار بأهل البلد ؛ بل يقصد إرفاق اهله وعياله ؟

سابعاً ـ منح الشارع ولي الأمر العادل سلطات تقديرية واسعة في النظر الى المصلحة العامة ؛ فاليه يرجع النظر في المصلحة ، وتقدير الاجراءات والوسائل التي يتخذها رعاية لها ، ومدى تلك الاجراءات ، والوسائل الكفيلة بذلك ، شريطة أن يكون **عدلاً** ، وهذا ما يفيده أقوال الأئمة :

من مثل قول الامام الشاطبي : «فللامام ـ اذا كان **عدلاً** ـ أن يوظف على الاغنياء **مايراه** كافيا في الحال . .[1]» ويقول ايضاً « ثم » **اليه النظر في توظيف ذلك[2]**»

وفي تقديم الجار والمجرور افادة الاختصاص في النظر المطلق ، وهذه هي السلطة التقديرية الواسعة .

هذا ولا يشترط في المصلحة العامة التي يمنع الفرد من التصرف المأذون له فيه ـ بحسب الاصل ـ لجلب مصلحة او دفع مفسدة ، رعاية لها ، ان يترتب على الاخلال بها ضرر يلحق الامة كافة ؛ بل يكفي ان ينال الضرر اهل بلد ، او جماعة عظيمة منهم ؛ أو أهل حي من احياء تلك المدينة ؛ لان العبرة في الترجيح هنا بين المصالح هو كثرة المفاسد على المصالح .

---

(١) الاعتصام جـ ٢ ص ١٢١ .

(٢) المرجع السابق .

المبحث الرابع

الأساس الرابع :

أثر التضامن الاجتماعي المادّي في تقييد الحقّ الفردي بالنّسبة للمصلحة الخاصّة

قيود يفرضها مبدا التضامن الاجتماعي على حق الملكية

تبدو هـذه القيود ظاهرة في أبرز الحقوق الشخصية ، وأبلغها أثراً في الحياة الاجتماعية والاقتصادية ، وهو حق « الملكية » ، فنرى بعض الاصوليين وأئمة المذاهب لايقصرون تقييد هذا الحق على حالة تمحض قصد الاضرار بالغير ، بحيث لا يكون للمالك من غرض سوى الاضرار بالغير في استعماله لحقه ؛ بل يقيدون هذا الحق ايضاً ، ولو كان للمالك غرض صحيح، وسلك في سبيل تحقيقه الطريق المعتاد ، اذا تعدى ضرره الى الغير، عند الإمام احمد، ووافقه الامام مالك في بعض الصور[1] .

هـــذا ، ويوجب الفقه الاسلامي على المالك السماح لغيره بالارتفاق بملكه اذا لم يعد على الاول ضرر،ويعتبر امتناعه عن ذلك تعسفاً في استعمال الحق؛ لأنه يخل بمبدأ المعنى الاجتماعي الذي ينطوي عليه مفهوم الحق في الاسلام،والذي يلزم المالك مراعاته ابان استعماله لحقه .

(١) جامع العلوم والحكم ص ٢٦٧ وما بعدها .

وبامعان النظر في هـذه القيود ، من الناحية الايجابية ، بألا يكون من المالك تصرف ايجابي يضر بغيره، أو من الناحية السلبية،بامتناعه عن الاذن لغيره بالارتفاق بملكه اذا لم يتضرر ، يرى أنها كلها ترتد الى مبدأ التضامن والتكافل الاجتماعي في الاسلام ، ولنضرب أمثلة توضح هذا الأصل :

أولاً – إن استعمال الحق لمجرد قصد الاضرار[1] ممنوع،كما في قضاء ﷺ في قضية سمرة بن جندب التي تعتبر أصلاً في هذا الباب[2] .

ثانياً – اذا اختلط قصد الإضرار بالغير بغرض آخر للمالك صحيح ، فينظر فيما اذا كان فعله **لازماً وملائماً** لذلك الغرض ، بألا يكون ثمة وجه آخر من الاستعمال لتحقيقه ، يستضر منه الغير ، فإن كان ولم يتجه اليه ،مع علمه بلزوم المضرة قطعاً أو في غالب الظن ، اعتبر متعسفاً ، لأن إصراره على استعمال حقه على ذلك الوجه الضار قطعاً أو ظناً ، مع أن له ندحة في غيره ، مظنة قصد الاضرار ، أو على الأقل مظنة إهماله وتقصيره في الاحتياط ، أو إهماله للمعنى الاجتماعي الذي ينطوي عليه مفهوم الحق في الإسلام ، وكل ذلك يوجب منعه ؛ دفعاً للضرر قبل وقوعه ، أو الضمان لما وقع من أضرار ، وقطع التسبب فيه حتى لا يستمر في المستقبل .

وبذلك يتقيد استعمال الحق بان يكون الفعل **لازماً وملائماً** [3]. ولنضرب مثلًا على ذلك :

المزارع الذي يعلم قطعاً[4] أن سقي زرعه في وقت معين يتضرر به زرع غيره

---

(١) جامع العلوم والحكم ص ٢٦٧ – الموافقات جـ ٢ ص ٣٤٨ .

(٢) هذا فضلا عما ورد في القرآن الكريم من النهي الصريح عن قصد المضارة في استعمال الحقوق ، كما في الوصية ، وفي الرجعة ، والرضاع . . الخ . وسيأتي تفصيل ذلك في ادلة النظرية من الكتاب الكريم .

(٢) الاحكام السلطانية ، لابي يعلى الحنبلي ص ٢٨٥ وسيأتي البحث في هذه القضية مفصلا في ادلة النظرية .

(٣) جـ ٢ موافقات ص ٣٤٨ ، جامع العلوم والحكم ص ٢٦٧ وما بعدها .

(٤) الموافقات جـ ٢ ص ٣٤٨ .

أو يتلف ، وهو غير محتاج الى ري زرعه في ذلك الوقت المعين ؛ بل له ندحةفي ذلك ، ولا يستضر إن سقاه في وقت آخر ؛ فـاذا أصرّ على استعمال حقه على الوجه الضارّ ، فانه يمنع ، واذا فعل ووقع الضرر ضمن[1] ؛ لأن إقدامه على استعمال حقه على ذلك الوجه ، في حين انه قد كان له وجه آخر لتحقيق مصلحته لا يتضرر منها غيره ، مظنة التعسف ، أي قصد الإضرار أو الإهمال ، وكلاهما مخل بمبـدأ التضامن الذي يفرض عليه التقيد بمقتضاه إبّانَ استعماله لحقه على وجه لايضر بغيره .

أما إذا لم يكن له وجه آخر للاستعمال ، فحق المالك مقدم ، شريطة ألا يترتب على استعماله لحقه أضرار فاحشة بغيره .

ثالثاً - إجبار المالك على الاذن بالارتفاق بملكه اذا لم يستضر من ذلك . فاذا امتنع يعتبر متعسفاً ؛ لأن امتناعه لم يكن لغرض صحيح ، وهـــذا من اظهر وجوه التعسف .

واذا كان ارتفاق الغير لا يعرى عادة عن نوع ضرر ؛ ولكنه اذا قيس بما ينشأ عن امتناعه من ضرر بغيره كان قليلاً أو تافهاً ، أجبر المالك على ذلك أيضاً .

ومذهب : الامام احمد أنـه لا يجوز [2] المنع اذا لم يلحق المالك مضرة ، كما في طرح الخشب على جدار الجار ، ووافقه الامام الشافعي في القديم .

ومن ذلك أيضاً : إجبار المالك على إجراء الماء في أرضه لمصلحة غيره ، كما ورد في قضاء عمر رضي الله عنه على محمد بن مسلمه[3]

---

(١) محاضرة الاستاذ الشيخ ابي زهرة في «التعسف » في كتاب اسبوع الفقه الاسلامي ص ٣٠ .

(٢) جامع العلوم والحكم ص ٢٦٧ ، كشاف القناع ج ٣ ص ٣٤٢ ، نيل الاوطار ج ٥ ص ٢٥٩ ص ٢٦١ المنتقى على موطأ مالك ج ٦ ص ٤٣ . القواعد لابن رجب الحنبلي ص ٣١ ، المغنى ج ٥ ص ٢٩ .

(٣) انظر بحث ذلك مفصلا في ادلة النظرية من فقه الصحابة .

ومن ذلك : إجبار المالك على أن يسكن في بيته المضطر الى المأوى ، اذا لم يتضرر المالك ، وكان في الدار متسع .

وهذا في مذهب الامام أحمد ، ويقاس على ذلك الفندق ، كما يقاس على البيت المنقولات المملوكة ، من مثل الأوعية ، والأدوات ، وبالجملة كل ما يمكن أن ينتفع به من عقار أو منقول ، يجبر أصحابه على تمكين غيرهم من الانتفاع بما يملكون عند الضرورة أو الحاجة التي تقرب من الضرورة .

واختلف العلماء في أخذ أجر المثل على ذلك ، فبعضهم أجاز ، وبعضهم لم يجز ومن حرم أخذ الأجرة أوجب التمكين من الانتفاع مجاناً ، وهو قول ابن تيمية[1].

وهذا أقصى ما يمكن أن يتصور من تقييد لحق المالك فيما يفرضه عليه مبدأ التعاون الذي وردت به الآية الكريمة ، « وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الإثم والعدوان » وقوله تعالى : « فويل للمصلين الذين هم عن صلاتهم ساهون الذين هم يراءون ويمنعون الماعون[2] » .

ولعلنا لا نجد نظيراً لهذه الأحكام ، في تأكيد مبدأ التعاون عملياً في أرقى التشريعات المعاصرة .

ومن ذلك : يجبر مالك البئر وعين ماء في أرضه على بذل فضل مائه لمصلحة غيره عند الحاجة .

يقول ابن جزيء : « إن غارت بئر جاره ، وله زرع يخاف عليه التلف ، فعليه أن يبذل له فضل مائه ، مادام متشاغلاً بإصلاح بئره[3] » وليس لهذا الإجبار من معنى إلا تحقيق معنى التضامن الاجتماعي المادي ، وأن حق الملكية ليس مطلقاً في الاسلام .

---

(١) الطرق الحكمية لابن قيم الجوزية ص ٣٠٥ .

(٢) سورة الماعون .

(٣) القوانين الفقهية لابن جزيء ص ٣٢٠ ، والقواعد لابن رجب ، قاعدة ٨٥ ص ١٩١ .

ومن ذلك إجراء الماء في أرض غيره[1]

ومما يوضح أن حق الملكية في الفقه الاسلامي « لا سيما في العقار» لم يتقرر لأصحابه حقاً محضاً خالصاً ، هذه القيود التي القيت على ممارسته ليكون أداة تحقيق لمبدأ التضامن بين الأفراد ، لاسيما في الأملاك المتجاورة ، وهي لا تعتبر قيوداً اتفاقية ينتجها تقابل إرادتين؛ بل مفروضة على حق الملكية فرضاً ، مما يقطع بأن الغاية من هذه القيود هي أداؤه لوظيفته الاجتماعية .

فلو احتاج شخص الى اجراء مائه في ارض غيره **من غير** ضرر يعود على صاحب الارض؛ فانه يجبر على ذلك في احدى **الروايتين عن احمد**[2] ـ والاجبار هو قول عمر بن الخطاب وغيره من الصحابة رضي الله عنهم ـ فيما رواه مالك في الموطأ عن عمرو بن يحيى المازني عن ابيه :

« ان الضحاك بن خليفة ساق خليجاً له من العريض ، فاراد ان يمر به في ارض محمد بن مسلمة ، فأبى محمد ، فقال له الضحاك : لم تمنعني وهو لك **منفعة** ، **تشرب اولاً وآخراً ولا يضرّك** ؟ فأبى محمد ، فكلم فيه الضحاك عمر بن الخطاب ، فدعا عمر بن الخطاب محمد بن مسلمة ، فأمره ان يخلّي سبيله ، فقال محمد : لا ، فقال عمر : **لم تمنع أخاك ماينفعه** ، وهو لك نافع ، تسقى به اولاً وآخراً ، **وهو لايضرك**؟ فقال محمد : لا ، فقال عمر : **والله ليمرّن به ولو على بطنك** . فأمره عمر ان يمر به ، ففعل الضحاك[3] » .

فقضاء عمر رضي الله عنه في هذه الواقعة ينطوي على معيار استعمال حق الملكية في مثل هذا الوضع ، وهو انه لايجوز ان يمنع المالك غيره من الانتفاع او الارتفاق

---

(١) القواعد لابن رجب القاعدة ٨٥ ص ١٩١ ، المنتقى على الموطأ ج ٦ ص ٤٥ والمغنى ج ٤ ص ٤٩٤ .

(٢) الطرق الحكمية ، المغنى ج ٢ ص ٤٩٤ ، جامع العلوم والحكم ص ٢٦٧ .

(٣) سيأتي مزيد بحث في هذا الأثر في ادلة النظرية من فقه الصحابة .

بملكه اذا كان ذلك لا يضرّه ، ويجب على المالك ان يخلي سبيل الغير اذا كان محتاجاً ؛ بل يجبر على ذلك قضاءً اذا امتنع ؛ تحقيقاً للتضامن الاجتماعي .

ومن ذلك بيع المضطر :

سئل **احمد عن بيع المضطر ، فكرهه** ، فقيل له كيف هو ؟ قال يجيئك وهو محتاج فتبيعه ما يساوي عشرة بعشرين » .

قد ورد النهي عن بيع المضطر فيما خرجه ابو داود من حديث على ابن ابي طالب ، انه خطب الناس فقال : انه سيأتي على الناس زمان عضوض يعض الموسر على مافي يديه ، قال تعالى « **ولا تنسوا الفضل بينكم** » ويبايع المضطرون ، وقد نهى رسول الله ﷺ عن بيع المضطر » وخرجه الاسماعيلي وزاد فيه : قال رسول الله ﷺ ان كان عندك خير تعود به على اخيك ، والا فلا تزيدنه هلاكا الى هلاكه » .

وقال ابن معقل : « بيع الضرورة ربا »[1] .

ومن ذلك : تصرف الزوجة في مالها : (التضامن الأسري) :

يرى بعض الفقهاء ان تصرف الزوجة في مالها مقيد بما **لايزيد على الثلث** الا باذن زوجها[2] ، فعن الامام أحمد رواية : ليس لها ان تتصرف في مالها بزيادة **على الثلث** ، بغير عوض ، الا باذن زوجها ، وبه قال الامام مالك ، لما روي عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ، ان رسول الله ﷺ قال في خطبة خطبها « لايجوز لامرأة عطية في مالها الا باذن زوجها ؛ اذ هو مالك عصمتها » ورواه ابو داود ان رسول الله ﷺ قال : « لايجوز لامرأة عطية الا باذن زوجها » لان حق الزوج متعلق بمالها .

---

(١) جامع العلوم والحكم ص ٢٦٨ و ٢٦٩ .

(٢) ج ٤ المغنى ص ٤٦٤ ، خالف في ذلك ابو حنيفة والشافعي وابن المنذر . وخالف في ذلك الجعفرية ايضاً ، انظر الخلاف ج ٢ ص ١٢٢ .

وظاهر الحديث انه **لايجوز لها مطلقاً** ، غير ان الفقهاء خصوه بما لايزيد على الثلث ،قياساً على حقوق الورثة المتعلقة بمال المريض .

وفي القواعد لابن رجب ، فيما نقله ابن منصور رواية عن احمد فيمن تصدق عند موته بماله كله قـال : « هذا مردود ، **ولو كان في حياته لم اجوز له اذا كان له ولد** [١] » .

وذهب المالكية والحنابلة الى ان حق الزوج يتعلق بمال زوجته .

ويظهر اثر هذا التعلق : في منع الزوجة من ان تتبرع من مالها بما يزيد عن ثلثه ، اذا كان هذا التبرع لغير زوجها .

بل رووا عن الامام مالك ان للزوج ان يرد تبرعها بالثلث ايضاً اذا تبين انها تريد بذلك مضرته ، واختار هذا القول ابن رجب .

واذا تبرعت الزوجة بجميع مالها دفعة واحدة ،كان لزوجها ان يرده كله ،وان يمضيه ، وان يرد مازاد عن الثلث فقط ، وانما كان له رد الجميع في هذه الحال - وحقه كما قدمنا في الثلثين فقط - لانها حين تبرعت بكل مالها ظهر ان الغرض من ذلك الاضرار بزوجها ، فعاملها الشارع بنقيض قصدها ، وجعل للزوج رده كله[٢] .

وظاهر ان هذا الرأي يعارض ماللمرأة من حق التصرف بمالها استقلالاً ،غير ان من الأئمة من رأى ان مصلحة الاسرة تقتضي هذا التضامن المادي بين افرادها، وهي **مصلحة** تعود بالتالي على المجتمع كله ، وبذلك تصلح مخصصاً للقياس ، وهو ان الاصل ان للزوجة حق التصرف بمالها استقلالاً بمقتضى ملكيتها له شرعاً ،ومن ثم فلايجوز الاعتداء على مالها ، او اخذ شيء منها الا برضاها ،عملا بقوله تعالى: « ولا

---

(١) القواعد لابن رجب - القاعدة ١١ ص ١٤ .

(٢) والمعاملة بنقيض القصد في بعض الصور هو منع للتعسف الذي يصان به حق الغير ، راجع الدسوقي في حاشيته على الشرح الكبير (باب العارية) جـ ٣ ص ٤٣٣ ، المغنى جـ ٤ ص ٦٤ ، القواعد لابن رجب ص ١٤ .

تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل » ، وقوله تعالى في حق مهرها : « فان طبن لكم عن شيء منه نفساً فكلوه هنيئاً مريئاً » وقوله ﷺ « لا يحل مال امرىء مسلم الا بطيب من نفسه » الى غير ذلك من النصوص الدالة على مصونية مال الغير.

وهذا نظر من المالكية والحنابلة الى روح الشريعة ، ومقاصدها ، وتفسير النصوص في ضوء تلك المقاصد ، ومن هنا جاء تخصيص النص بالمصلحة ؛ درءاً للتعسف في الاجتهاد ، وهو ما يقتضيه مبدأ التعاون في الاسلام .

إنظار المعسر :

اذا كان حق الدائنية يورث صاحبه سلطة على اقتضاء دينه من المدين ، فان هذه السلطة تصبح ـ في نظر الشريعة ـ غير مشروعة اذا كان المدين معسراً ، ولا تحل مطالبته فضلاً عن حبسه ؛ لان استعمال الحق اذا علم انه لا يحقق مقصوده كان محض تعسف .

ويروي الطبري[1] في تفسير قوله تعالى : « وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة » عن الضحاك قال : « وكذلك كل دين على مسلم ، فلا يحق لمسلم له دين على أخيه يعلم منه عسرة ان يسجنه ، ولا يطلبه حتى ييسر الله عليه » .

ويروى ايضاً عن جماعة قولهم : هذه الآية عامة في كل من كان له قِبَل رجل معسر حق ، من اي جهة كان ذلك الحق ، من دين حلال او ربا[2].

ويعتبر ابن رجب : ان انظار المعسر مما يدخل في عموم قوله عليه الصلاة والسلام « لا ضرر ولا ضرار » فان من عليه دين لا يطالب به مع اعساره ؛ بل ينظر الى حال يساره ، وعلى هذا جمهور العلماء[3] ؛ لانهم اخذوا باللفظ العام .

---

(١) ج ٦ طبري ص ٢٢ .

(٢) تفسير الطبري ج ٦ ص ٢٢ .

(٣) جامع العلوم والحكم ص ٢٧٢ ، احكام القرآن للجصاص ج ١ ص ٤٧٣ ، تفسير البيضاوي ص ٦٣ و ٦٤ ، الكشاف للزمخشري ج ٣ ص ٣٤٩ ، القواعد لابن رجب ج ١ ص ١٠٩ ، البدائع ج ٧ ص ١٧٣ ، مذكرة مبتدأة في الالتزامات للشيخ احمد ابراهيم ص ٢٦ - ٢٨ .

ويذهب الامام احمد، الى ان المدين لا يكلف ان يقضي بما عليه في خروجه من ملكه ضرر، كثيابه ومسكنه المحتاج اليه ، وخادمه كذلك ، ولا ما يحتاج الى التجارة به لنفقته ونفقة عياله[1] .

على ان الشريعة اذ قيدت حق الدائن في المطالبة والاقتضاء الى حد منع استعماله حالة اعسار مدينه ، ندبته الى التصدق به عليه ، « وان تصدقوا » .

والممعن في هذا النص وتفسيره وآراء الفقهاء فيه يرى ان استعمال الحق لا يجوز اذا لم يفض الى مصلحة ، ويقول الامام العز : « كل تصرف تقاعد تحصل مقصوده باطل » اما اذا افضى في هذه الحال الى ضرر بالغير ـ كحبس المدين مع العلم باعساره ـ فانه يكون غير مشروع من باب اولى، من قبل انه يمكن ان يستخلص من هذا الاستعمال الذي لم يكن لغرض صحيح قرينة على نية الاضرار ، اذ هو استعمال الحق في غير مصلحة او ثمرة ، وهذا من اقوى صور التعسف .

هذا ، وقد بحثنا في الدعامة الخلقية في الفقه الاسلامي واثرها في تقييد الحق، واوضحنا ان تلك القواعد ترمي الى التسامح في الاقتضاء، والى **التسوية والاشتراك** في منافع الحق؛ بل ويحمل المعنى الخلقي والديني الفرد على ايثار غيره على نفسه[2]. واوضحنا ايضاً كيف ان الشريعة تعتبر التصرف في ميدان المعاملات عبادة لابد فيها من نية امتثال امر الله تعالى ونهيه ، وبذلك لا ينفصل المعنى الديني عن المعاملات في الفقه الاسلامي .

وفي امتثال أمر الله تعالى ونهيه في كل حق يملكه الفرد تقييدٌ لتصرفه، وتوجيه لنفسه الى المعنى الاجتماعي الذي أوجب الاسلام رعايته ابان استعمال الحق ، وجعله جزء من مفهومه ، وهو ما يعبر عنه اليوم بالوظيفة الاجتماعية

---

(١) جامع العلوم والحكم ـ ص ٢٧٢ .

(٢) راجع الدعامة الخلقية في الفقه الاسلامي ص ٤٠ ، الموافقات ج ٢ ص ٣١٧ و ٣٢١ و ٣٢٢ ، الفروق للقرافي ج ١ ص ١٤٠ ، الحق والذمة ـ للشيخ علي الخفيف ص ١٢٢ .

ويبدو هذا المعنى واضحاً فيما ضربنا من أمثلة تتعلق « بحق الملكية » وهو من أبرز الحقوق العينية وأبلغها أثراً في حياة الفرد والجماعة .

ونستنتج من أصول التكافل الاجتماعي في الاسلام ، ومبدأ التضامن المادي الذي يقيد الحق الفردي بالنسبة للغير من الفرد والجماعة ، قواماً لفكرة التضامن هذه.

قوام فكرة التضامن في الفقه الاسلامي :

وقوام هذه الفكرة يتلخص في أن الشريعة الاسلامية لا تقيم فلسفتها التشريعية على الفردية ، وتهدر مصلحة الجماعة ، كما تذهب الى ذلك الرأسمالية ، ولا يقيمها على المصلحة العامة ويهدر المصلحة الفردية كما تفعل الشيوعية ؛ بل تعترف بشخصية الفرد وحقه وكرامته ، ولا شك أن من مظاهر تكريمه حريته ، فالفرد في نظر الشريعة - كما قلنا - **كائن حي حر مستقل مسؤول** ، ونتيجة هذا النظر انها احتفظت له بثمار عمله وكفاحه في الحدود المرسومة «لا يحل مال امرىء مسلم إلا بطيب من نفسه » ولكنها في الوقت نفسه تقرر حق المجتمع في كسب الفرد، كما توجب العمل بمبدأ التضامن والتكافل، وهو مبدأ يرتكز على أسس إنسانية وأخلاقية رفيعة .

ويقول أحد الباحثين الاسلاميين [1] « فالتشريع الاسلامي بالاضافة الى موضوعيته وتنظيمه على أسس ظاهرة ، وضوابط موضوعية، له جذور خلقية في النفس ، وأصول اعتقادية تغذيه وتمده وتدعم بناءه ، فالتشريع غير منقطع الصلة بالاخلاق، وينفي عن التشريع الاسلامي صفة الفردية» ويقول ايضاً: « والانسان الذي يؤمن هذا الايمان، ويعمل في الحياة في هذا الطريق، ليس هو الانسان الفرد

---

(١) الاستاذ محمد المبارك عميد كلية الشريعة بدمشق سابقا ، ذاتية الاسلام ص ١٠ .

-- المنعزل - بل هو الانسان الموجود في إطار اجتماعي[1]» .

البواعث النفسية والنتائج الموضوعية وأثرها في صون الحقوق

وأقامت الشريعة سياجاً منيعاً لحفظ الحقوق ولأداء وظيفتها، وتحقيق المصلحة التي من أجلها شرعت، بتحريم القصود التي تتناقض مع قصد الله في التشريع؛ قطعاً لدابر التحايل على الحق، كما أنها من ناحية أخرى أقامت التوازن بين مصلحة الحق ذاته وبين ما يترتب على استعماله من مضرة .

وهذان العاملان النفسي والموضوعي ومايتبعهما، من أقوى ما يهيىء للشريعة تحقيق مقاصدها في الخلق .

هذه الأسس والعوامل هي التي ترتد اليها نظرية التعسف في استعمال الحق ، باعتبارها نظرية تقضي بتحريم استعمال الحق مطية للشر والفساد، كما انها تقيم التوازن بين المصلحة الفردية والجماعية ، على وجه يحقق التكافل والتضامن الاجتماعي .

المبحث الخامس

الاساس الخامس :

الخلافة الإنسانية في الأرض

هذه الخلافة تقتضي التقيد بالأحكام والحدود التي رسمها المستخلِف، وهو الله

---

(١) اي متضامنا مع جماعته – نفس المرجع ص ١٠ ذاتية الاسلام ، وراجع في هـــذا المعنى – المساواة في الاسلام – للدكتور علي عبد الواحد وافي ، الاسس الاقتصادية في الاسلام والنظم المعاصرة للاستاذ ابي الاعلى المورودي – ص ١٦ .

سبحانه – ولذا كانت الالتزامات **الايجابية والسلبية** في الحقوق والأموال من مقتضيات هذه الخلافة ، فهي عامل من عوامل تقييد الحق ، كما انها الصورة الكاملة المجتمع الذي حددت ملامحه الشريعة ، وهو مجتمع إنساني أخلاقي فاضل ، عناصره التكوينية كل فرد تقي نقي ، وهدفه المشترك سعادة الدنيا ونعيم الآخرة .

وهنا يبدو ارتباط هذه الخلافة بالمسؤولية الفردية ، **فالتزام** الفرد بتوجيه قصده في العمل الى موافقة قصد الله في التشريع منبثق عن أساس خلافته في الأرض .

يقول الامام الشاطبي في هذا الصدد[1].

« مر أن قصد الشارع المحافظة على الضروريات وما رجع اليها ، من الحاجيات والتحسينات ، **وهو عين ما كلف به العبد** ؛ فلا بد أن يكون مطلوباً بالقصد الى ذلك ، وإلا لم يكن عاملاً على المحافظة ؛ لأن الأعمال بالنيات » .

« وحقيقة ذلك – أي حقيقة كون العبد مكلفاً بالمحافظة على الضروريات وما يرجع اليها – **أن يكون خليفة الله** في إقامتها بمباشرته الاسباب الظاهرة التي رسمها الله تعالى في الشرائع ، وأودع في العقول إدراكها » .

ويقول ايضاً : « وحقيقة ذلك ، أن يكون خليفة الله في **إقامة هذه** المصالح بحسب طاقته ومقدار وسعه ، وأقل ذلك خلافته على نفسه ، **ثم على أهله ، ثم على كل من تعلقت به مصلحة** ؛ ولذلك قال عليه الصلاة والسلام : (كلكم راع وكلكم مسؤول عن رعيته » .

« وفي القرآن الكريم : « آمنوا بالله ورسوله وأنفقوا مما جعلكم مستخلفين فيه » . واليه يرجع قوله تعالى : « إني جاعل في الأرض خليفة » وقوله تعالى :

---

(١) الموافقات جـ ٢ ص ٣٣١ .

« ويستخلفكم في الارض فينظر كيف تعملون » ، « وهو الذي جعلكم خلائف الارض ،ورفع بعضكم فوق بعض درجات ليبلوكم فيما آتاكم» **والخلافة عامة** وخاصة،حسبما فسرها الحديث،حيث قال « الأمير راع،والرجل راع على أهل بيته ، والمرأة راعية على بيت زوجها وولده ، فكلكم راع وكلكم مسؤول عن رعيته » .

ثم أتى الامام الشاطبي بأمثلة « تبين أن الحكم كلي عام غير مختص ، فلا يتخلف عنه فرد من أفراد الولاية عامة كانت أو خاصة . فاذا كان كذلك ، **فالمطلوب منه أن يكون قائماً مقام من استخلفه** ، يجري احكامه ومقاصد مجاريها ، وهذا بيّن[1] » .

المبحث السادس

الاساس السادس :

الاعتدال والاقتصاد في التصرف
أو
الوسطيّة

هذه القاعدة قد دعت الشريعة الى مراعاتها في التصرفات حتى المباحات ، فلم تبح الافراط ولا التفريط،لأن كليهما تطرفٌ تنبو عنه روح الشريعة ،وقد جاءت الأدلة من الكتاب والسنة مؤيدة هذه القاعدة العامة،حتى شملت التصرف في وجوه القرب والبر ؛ بل وفي العبادات أيضاً . واعتبرت تنكّب هذه القاعدة ضرباً من التعسف .

---

(١) الموافقات جـ ٢ ص ٣٣٢ .

يقول الله تعالى في التصرف في حق ملكية الأموال :

« ولا تجعل يدك مغلولة الى عنقك ،ولا تبسطها كل البسط ، فتقعد ملوما محسوراً » .

ويقول تعالى : « والذين اذا أنفقوا لم يسرفوا ولم يقتروا وكان بين ذلك قواماً » .

وإذا أنكر القرآن الكريم تحريم الطيبات ، وهو حرمان لا يقره الشرع ، فقد أنكر كذلك الإسراف ومجاوزة حد الاعتدال ، إذ يقول جل شأنه :

« يا أيها الذين آمنوا لا تحرموا طيبات ما أحل الله لكم ، ولا تعتدوا ، إن الله لا يحب المعتدين » .

والاعتدال والتوسط أمر مطلوب حتى في الإنفاق في وجوه القرب والطاعات،قال تعالى: « وآت ذا القربى حقه والمسكين وابن السبيل ولا تبذر تبذيراً إن المبذرين كانوا إخوان الشياطين وكان الشيطان لربه كفوراً » .

وينهى الله سبحانه عن الاسراف في وجوه التبرع،حتى في ايتاء الزكاة،يقول تعالى : « كلوا من ثمره اذا أثمر ، وآتوا حقه يوم حصاده ، **ولا تسرفوا ، انه لا يحب المسرفين** » .

وذلك ؛ لان الاسراف يقضي على الثروة ، وقد تأيد هذا بقوله ﷺ : فيما رواه ابو هريرة ، وحكيم بن خزام « خير الصدقة ما كان عن ظهر غنى » .

وواضح ان رسول الله ﷺ يرشد الناس الى الصدقة التي لا يضارّ معها المتصدق مادة ولا روحاً [1] .

والآثار في ذلك كثيرة ، منها ما ورد عن جابر ايضاً « ان رجلا اتى النبي ﷺ بمثل البيضة من الذهب ، فقال يا رسول الله ، هـذه صدقة ما تركت لي مالاً غيرها ، فحذفه بها النبي ﷺ ، فلو أصابه لأوجعه ،

---

(١) راجع – الوسطية في الاسلام – للاستاذ الشيخ محمد المدني ص ٤٥ .

ثم قال : ينطلق احدكم فينخلع من ماله ، ثم يصير عيالاً على الناس » .

هذا ، وآية الحجر على السفيه اصل في هذا الباب ؛ اذ يقول سبحانه ، « ولا تؤتوا السفهاء اموالكم التي جعل الله لكم قياماً ،وارزقوهم فيها واكسوهم ،وقولوا لهم قولاً معروفاً » .

ويوضح الامام الشاطبي ،ان التصرف في المباح قد يكون مذموماً ، لا من جهة اصل المباح ؛لانه مأذون فيه ؛ بل من جهة الانحراف عن التوسط والاعتدال ،اذ يقول : «انه قد يؤخذ ـ المباح ـ من حيث قصد الشارع فيه ،**وهذا هو الاصل** ، **فيتناول على الوجه المشروع** ، **وينتفع به كذلك** ، ولا ينسى حق الله فيه ، لا في سوابقه ، ولا في لواحقه ، ولا في قرائنه ، فاذا اخذ على هذا **الوزن** كان مباحاً بالجزء مطلوبا بالكل ، فان المباحات انما وضعها الشارع **للانتفاع بها على وفق المصالح على الاطلاق** ، بحيث لا تقدح في دنيا ولا دين ، **وهو الاقتصاد فيها** ، ومن هذه الجهة جعلت نعما ، وعدت مننا ، وسميت خيراً وفضلاً[1] » .

ويقول ايضاً : « فاذا تأملت الحالة ،وجدت المذموم **تصرف المكلف في النعم** ، **لا أنفس النعم** ، الا انها لما كانت آلة ـ ذريعة ـ للحالة المذمومة ، ذمت من تلك الجهة » .

ويوضح الامام الشاطبي بعبارة جلية ،ان هذا هو التعسف في استعمال الحق ، بقوله : « فلم يزل اصل المباح ، وان كان مغموراً تحت اوصاف الاكتساب **والاستعمال المذموم** »[2] .

والذي يعنينا من هذه القاعدة ،أنها اساس يؤيد فكرة تقييد الحق ،اي يؤيد نظرية التعسف في استعمال الحق ،فقد رأينا كيف ان الامام الشاطبي اتى بفكرة

---

(١) الموافقات ج ٣ ص ٢١٧ .

(٢) الموافقات ج ٣ ص ٣١٩ . والاستعمال المذموم هو التعسف بعينه ، لان اصل المباح مشروع وغير مذموم ، ومأتى الذم هو كيفية هذا الاستعمال وتوجيهه .

الاقتصاد او الاعتدال في التصرف ، ثم انطلق منها الى توضيح ان عدم مراعاتها يفضي الى الاكتساب او الاستعمال المذموم ، وان كان اصل الفعل مباحاً لاذم فيه .

هذه الاسس التي أتينا على ذكرها ، والتي يقوم عليها تقييد الحق في الشريعة الاسلامية ، هي بعينها الاسس التي ترتكز عليها نظرية التعسف في استعمال الحق .

هذا فضلاً عما يتقيد به الحق في الشريعة الاسلامية من حيث طبيعته الدينية ، بكونه **منحة منه تعالى**، وليس صفة طبيعية للانسان ، وقد بينا النتائج التي تترتب على هذا النظر ، ومؤداها ان الاصل في الحق التقييد لا الاطلاق .



ثبت

المصادر والمراجع

التفسير والحديث

- جامع البيان في تفسير القرآن ـ للامام ابن جرير الطبري ـ طبعة اولى ـ المطبعة الاميرية .
- الكشاف عن حقائق التنزيل ، وعيون الأقاويل في وجوه التأويل ـ للامام محمود بن عمر الزمخشري ـ ط ـ ثانية ـ المطبعة الأميرية ـ ١٣١٨ هـ .
- الجامع لاحكام القرآن ـ ابو عبد الله محمد بن أحمد الانصاري القرطبي ـ طبعة اولى ـ دار الكتب المصرية بالقاهرة .
- أنوار التنزيل واسرار التأويل ـ ناصر الدين أبو سعيد عبد الله البيضاوي ـ المطبعة العثمانية بالقسطنطينية ـ ١٣٠٥ هـ (على هامش القرآن الكريم) .
- احكام القرآن ـ ابو بكر احمد بن علي الرازي (الجصاص) ـ مطبعة الاوقاف الاسلامية بالقسطنطينية ـ ١٣٢٥ هـ .
- احكام القرآن ـ لابن العربي ـ طبعة اولى ـ مطبعة دار السعادة ـ القاهرة ١٣٣٠ هـ .
- نيل الاوطار ـ شرح منتقى الأخبار ـ للامام محمد بن علي الشوكاني ـ ط اولى المطبعة المصرية ـ ١٣٥٧ هـ .

- سبل السلام شرح بلوغ المرام - للامام محمد بن اسماعيل الصنعاني - اربعة اجزاء - ط . ثانية سنة ١٩٥٠ م .
- سنن ابي داود - اربعة اجزاء - ط . ثانية مطبعة السعادة ١٩٥٠ - ١٩٥١ .
- السنن الكبرى للبيهقي - طبع حيدر اباد بالدكن بالهند - ١٣٥٣ هـ .
- شرح صحيح مسلم ، للامام محيي الدين النووي - المطبعة المصرية - القاهرة ١٣٤٩ هـ - ثمانية عشر جزءاً .
- النهاية في غريب الحديث والاثر - لابن الاثير - المطبعة العثمانية - القاهرة - ١٣١١ هـ .

المصادر

في أصول الفقه

- الإحكام في أصول الأحكام ، لسيف الدين ابي الحسن الآمدي اربعة اجزاء ط . دار المعارف بالقاهرة سنة ١٣٣٢ هـ ، سنة ١٩١٤ م
- الرسالة ، للامام الشافعي - ط . المطبعة الاميرية بالقاهرة .
- المستصفى من علم الأصول ، لحجة الاسلام الامام الغزالي ، - جزءان - المطبعة الاميرية - القاهرة سنة ١٣٢٢ هـ .
- مسلم الثبوت ، لمحب الدين ابن عبد الشكور ، مع شرحه ، فواتح الرحموت لابن نظام الدين في ذيل المستصفى للغزالي . طبعة اولى الاميرية سنة ١٣٢٤ هـ.
- شرح المنار - ابن ملك - المطبعة العثمانية - القاهرة - سنة ١٣٠٨ هـ .
- اصول فخر الاسلام البزدوي - وشرحه كشف الاسرار ، لعلاء الدين البخاري . اربعة اجزاء - ط الاستانة سنة ١٣٠٢ هـ .

- نهاية السول ، في شرح منهاج الاصول ، للقاضي ناصر الدين عبد الله بن عمر البيضاوي ـ تأليف الامام جمال الدين عبد الرحيم بن الحسن الاسنوي ومعه حواشيه المسماة ـ سلم الوصول لشرح نهاية السول ـ للشيخ محمد بخيت المطيعي ـ المطبعة السلفية سنة ١٣٤٥ هـ .
- الإحكام في اصول الأحكام ـ لأبي محمد علي بن حزم الاندلس الظاهري ، السعادة ـ القاهرة سنة ١٣٤٨ هـ .
- ارشاد الفحول الى تحقيق الحق من علم الاصول ـ لمحمد بن علي بن محمد الشوكاني ، طبعة اولى ـ مطبعة مصطفى البابي الحلبي ـ ١٣٥٦ هـ ـ ١٩٣٧ م.
- تنقيح الفصول ـ للامام الشوكاني .
- مرآة الاصول في شرح مرقاة الوصول ـ لمنلا خسرو ـ وعلى المرآة ـ حاشية الازميري ط . الاستانة سنة ٣١٢ هـ .
- الموافقات في أصول الشريعة ـ لابي اسحق ابراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الشاطبي ـ وعليه تعليقات الشيخ عبد الله دراز ، اربعة اجزاء ـ المطبعة الرحمانية .
- الاعتصام ـ للامام الشاطبي (صاحب الموافقات) المطبعة التجارية ـ لصاحبها مصطفى محمد بالقاهرة ـ جزءان ـ ١٣٣٢ هـ .
- التوضيح ـ لعبيد الله بن مسعود البخاري الملقب بصدر الشريعة ـ وعليه حاشية التلويح للتفتازاني ـ جزءان ـ ط ـ مطبعة دار الكتب العربية الكبرى ـ القاهرة سنة ١٣٢٧ هـ .

اصول الجعفرية .

- مُنية الطالب في حاشية المكاسب ، آية الله الخوانساري ـ طبع ايران سنة ١٣٧٦ .

القواعد الفقهية

- الأشباه والنظائر ـ لزين العابدين ابن نجيم ـ وعليه التعليق المسمى بغمز عيون البصائر للحموي ـ جزءان ـ ط . دار الطباعة العامرة ـ الاستانة ـ ١٢٩٠ هـ .
- الاشباه والنظائر ـ للامام للسيوطي ـ مطبعة مصطفى محمد سنة ١٩٣٦م.
- القواعد في الفقه الاسلامي ـ لابي الفرج عبد الرحمن ابن رجب ـ مطبعة الصدق الخيرية ـ القاهرة ـ سنة ١٩٣٣ م .
- مجامع الحقائق ـ ابو سعيد الخادمي ـ ط . الاستانة ١٣٠٨ هـ .
- منافع الدقائق شرح مجامع الحقائق ـ للكوز الحصاري ـ ط . الاستانة سنة ١٣٠٨ هـ .
- الفروق ـ للامام شهاب الدين ابي العباس القرافي ـ اربعة اجزاء ـ مطبعة دار احياء الكتب العربية ١٣٤٧ هـ .
- قواعد الاحكام في مصالح الانام ـ عز الدين بن عبد السلام ـ جزءان ـ ط ـ المطبعة الحسينية ـ القاهرة ـ سنة ١٣٥٢ هـ .

الفقه الحنفي

- الخراج ـ لأبي يوسف ـ ط ـ اولى بولاق سنة ١٣٠٢ هـ .
- كتاب الآثار ـ للامام محمد بن الحسن الشيباني ـ طبع الهند .
- المبسوط شرح الكافي ـ شمس الدين السرخسي ـ ثلاثون جزءاً ـ مطبعة دار السعادة ـ بالقاهرة . سنة ١٣٣١ هـ .
- البحر الرائق ـ شرح كنز الدقائق ـ زين العابدين ابن نجيم ـ ثمانية اجزاء ـ المطبعة الاولى ـ المطبعة العلمية ـ سنة ١٣١١ هـ .

- تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ـ عثمان بن علي الزيلعي ستة اجزاء ـ مطبعة بولاق ـ ١٣١٣ - ١٣١٥ هـ .
- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للامام الكاساني ـ القاهرة ـ سبعة اجزاء ١٣٢٧ - ١٣٢٨ هـ .
- الهداية شرح بداية المبتدى ـ برهان الدين علي بن ابي بكر المرغيناني ـ اربعة اجزاء ـ مطبعة مصطفى البابي الحلبي ـ القاهرة سنة ١٣٥٥ .
- جامع الفصولين ـ محمود بن اسرائيل الشهير بابن قاضي سماونه ـ ط . اولى ـ المطبعة الاميرية ببولاق ـ سنة ١٣٠٠ هـ .
- فتح القدير ـ الامام كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي ثم السكندري المعروف بابن الهمام ، ط . اولى ـ المطبعة الاميرية ـ سنة ١٣١٥ هـ .
- نتائج الافكار في كشف الرموز والاسرار ـ للمولى شمس الدين احمد المعروف بقاضي زادة ـ مطبوع مع فتح القدير (وهو تكملة لفتح القدير من باب الوكالة في الجزء السادس) .
- شرح العناية على الهداية ـ للامام اكمل الدين محمد بن محمود البابرتي ـ (مطبوع على هامش فتح القدير) .
- الدر المختار على متن تنوير الابصار ـ مطبوع بهامش رد المحتار ـ لابن عابدين
- رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الابصار ـ محمد امين ، الشهير بابن عابدين ـ خمسة اجزاء ـ المطبعة المصرية ـ سنة ١٢٨٦ هـ .
- مجموعة رسائل ابن عابدين ـ جزءان ـ ط . الاستانة سنة ١٣٢١ هـ .
- الخراج ـ ليحيى بن آدم القرشي ـ المطبعة السلفية ـ بالقاهرة ـ ١٣٤٧ هـ .
- معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الاحكام ـ للشيخ الامام علاء الدين أبي الحسن علي بن خليل الطرابلسي الحنفي ـ ط اولى ـ المطبعة الاميرية بولاق سنة ١٣٠٠ هـ .

مجمع الضمانات – ابو محمد بن غانم البغدادي – المطبعة الخيرية – القاهرة سنة ١٣٠٨ هـ .

– انفع الوسائل الى تحرير المسائل – نجم الدين ابراهيم الطرطوسي – مطبعة الشرق – القاهرة ١٣٤٤ هـ .

– مختصر الطحاوى – الامام ابو جعفر احمد بن سلامة – جزء واحد – مطبعة دار الكتاب العربي – القاهرة – ١٣٧٠ هـ .

– الفتاوى العالمكيرية – المعروفة بالفتاوى الهندية – ألفها جماعة من علماء الهند برئاسة العلامة الشيخ نظام ، وذلك بأمر السلطان الى المظفر محيي الدين محمد اورنك زيب بهادر عالمكير – المطبعة الاميرية – بمصر .

– الفتاوى الخانية – مطبوعة على هامش الفتاوى الهندية في الثلاثة مجلدات الاولى .

– الفتاوى المهدية في الوقائع المصرية لشيخ الاسلام ، محمد العباس المهدي ، ط اولى – بالمطبعة الازهرية المصرية سنة ١٣٠١ هـ .

الفقه الشافعي

– الأم – للامام أبي عبد الله محمد بن ادريس الشافعي – (رواية الربيع بن سليمان المرادي عنه) ط – اولى – المطبعة الاميرية بمصر ١٣٢١ هـ .

– نهاية المحتاج الى شرح المنهاج – شمس الدين محمد شهاب الدين بن احمد الرملي – المطبعة المصرية ١٣٠٤ هـ .

– المجموع شرح المهذب – للنووي – وتكملته ، لتقي الدين السبكي ، اثنا عشر جزءاً مصر ١٣٤٤ هـ .

الفقه المالكي

- المدونة الكبرى – للامام مالك بن انس الاصبحي – رواية الامام سحنون ابن سعيد التنوخي عن الامام عبد الرحمن بن القاسم عنه – ستة عشر جزءاً – ط أولى – المطبعة الخيرية بالقاهرة سنة ١٣٢٤ هـ .
- المقدمات الممهدات لبيان ما اقتضته رسوم المدونة من الاحكام الشرعيات الامام ابو الوليد محمد بن رشد – مطبوعة على المدونة الكبرى .
- حاشية على الشرح الكبير ، لسيدي احمد الدردير – المطبعة الازهرية – القاهرة ١٣٤٥ هـ .
- القوانين الفقهية – ابن جزيء – مطبعة النهضة – تونس سنة ١٣٤٤ هـ .
- تبصرة الحكام في اصول الاقضية ومناهج الاحكام – جزءان – المطبعة البهية القاهرة سنة ١٣٠٢ هـ .
- العقد المنظم للاحكام – مطبوع بهامش تبصرة الحكام – لابن فرحون .
- المنتقى ، شرح موطأ الامام مالك – لأبي الوليد الباجي الاندلسي ، ط . اولى . مطبعة السعادة .

الفقه الحنبلي

- كشف القناع على متن الاقناع – منصور بن ادريس الحنبلي – مطبعة انصار السنة المحمدية ١٣٦٦ هـ .
- جامع العلوم والحكم – زين الدين ابو الفرج عبد الرحمن بن شهاب الدين بن احمد بن رجب الحنبلي البغدادي – ط ثانية – مطبعة مصطفى البابي الحلبي – ١٣٦٩ هـ – ١٩٥٠ م .

- مجموعة فتاوى ابن تيمية الحراني - مطبعة كردستان العلمية بمصر ، سنة ١٣٢٨ هـ .
- اقامـــة الدليل على ابطال التحليل مطبوع في الجزء الثالث من الفتاوى - لابن تيمية .
- السياسة الشرعية (لابن تيمية) .
- الاحكام السلطانية ، لأبي يعلى .

الفقه الظاهري

- المحلّى - لابن حزم الاندلسي ، احـــد عشر جزءا - المطبعـة المنيريه ١٣٤٧ - ١٣٥٢ هـ .

الفقه المقارن

- المغني - موفق الدين عبد الله بن احمـد بن قدامة المقدسي ، على مختصر الخرقي - اثنا عشر جزءا - ط اولى - مطبعة المنار - القاهرة ١٣٤٨هـ .
- أعلام الموقعين عن رب العـــالمين - (لابن قيم الجوزية) صاحب المطبعة المنيرية بالقاهرة .
- بداية المجتهد ونهاية المقتصد - ابو الوليد محمد بن احمد بن رشد - جزءان - مطبعة الاستقامة - القاهرة ١٣٧١ هـ .

المؤلفات الحديثة

في الفقه الاسلامي وأصوله

في علم أصول الفقه :

- علم اصول الفقه – عبد الوهاب خلاف – مطبعة النصر – القاهرة ١٩٥٥
- مصادر التشريع فيما لا نص فيه – عبد الوهاب خلاف – القاهرة ١٩٥٥
- سلم الوصول الى علم الاصول – عمر عبد الله – ط اولى ١٩٥٦
- تعليل الاحكام – مصطفى شلبي – مطبعة الازهر ١٩٤٢
- أصول الفقه – محمد أبو زهرة ١٩٥٥ .
- أصول الفقه – للخضري – ط رابع – ١٩٦٢ .
- أصول الفقه الاسلامي – زكي الدين شعبان .
- مباحث الحكم عند الاصوليين – محمد سلام مدكور – مطبعة لجنة البيان العربي ١٩٥٩ م – ١٣٧٩ هـ .
- نظرية الاباحة عند الاصوليين والفقهاء – محمد سلام مدكور ١٩٦٣ م

في الفقه الاسلامي :

- الملكية ونظرية العقد في الشريعة الاسلامية – ط . اولى – مطبعة نوري – ١٩٣٩ .
- أبو حنيفة – ط . ثانية – دار الفكر العربي – القاهرة ١٩٤٧ .

- مالك – ط . أولى – مطبعة الاعتماد – القاهرة – ١٩٤٦ .
- الشافعي – ط . ثانية – مطبعة مخيمر – ١٩٤٨ .
- ابن حنبل – ط . ثانية – ١٩٥٠ .
- ابن تيمية – ط . اولى – دار الفكر العربي – القاهرة ١٩٥٢ .
- ابن حزم – ط . اولى ١٩٤٣ .
- الاحوال الشخصية – « قسم الزواج » ط . ثانية مطبعة مخيمر – القاهرة ١٩٥٠ .

هذه المؤلفات السابقة كلها للاستاذ الشيخ محمد أبي زهرة .

- أحكام المعاملات الشرعية – علي الخفيف – ط . ثالثة – القاهرة ١٩٤٧ .
- الحق والذمة – على الخفيف – الناشر مكتبة وهبة – القاهرة ١٩٤٥ .
- فرق الزواج – على الخفيف – مطبعة الرسالة – القاهرة ١٩٥٨ .
- اسباب اختلاف الفقهاء – على الخفيف – ١٩٥٦ .
- التصرف الانفرادي – على الخفيف – ١٩٦٣
- مصادر الحق في الفقه الاسلامي – الجزء الاول – دار مصر للطباعة ١٩٥٤
- مصادر الحق – الجزء الرابع – دار الهنا للطباعة – القاهرة ١٩٥٧
- مصادر الحق – الجزء السادس – دار الهنا للطباعة – القاهرة ١٩٥٧ – هذه المؤلفات الثلاثة السابقة للدكتور السنهوري .
- الأموال ونظرية العقد في الفقه الاسلامي مع مدخل لدراسة الفقه وفلسفته – محمد يوسف موسى – ط . اولى – دار الكتاب العربي – القاهرة ١٩٥٣ م .
- تاريخ الفقه الاسلامي – محمد يوسف موسى – مطبعة دار الكتاب العربي ١٣٧٨ هـ – ١٩٥٨ م
- السياسة الشرعية – عبد الرحمن تاج ١٩٥٢ .
- أحكام الاحوال الشخصية – عمر عبد الله ١٩٦٠

- مدى حقوق الزوجين في الطلاق - عبد الرحمن الصابوني - مطبعة جامعة دمشق ١٩٦٢ .
- التعبير عن الارادة في الفقه الاسلامي - وحيد الدين سوار - ط . اولى - مطابع دار الكتاب العربي ١٣٧٩هـ - ١٩٦٠ م
- النظريات السياسية الاسلامية - ضياء الدين الريّس .
- في مدى استعمال حقوق الزوجية - السعيد مصطفى السعيد - مطبعة دار الاعتماد - ١٩٣٥ م
- مسألة ملكية الارض في الاسلام - ابو الاعلى المودودي - المطبعة التعاونية بدمشق ١٩٥٥
- ذاتية الاسلام - محمد المبارك ١٩٦٠
- مذكرة في اصول الفقه - للسنة الرابعة في كلية الشريعة بجامعة الازهر - الشيخ طه الديناري .
- الاسلام عقيدة وشريعة - محمود شلتوت - مطبعة دار القلم - القاهرة ١٩٦٠
- المسؤولية المدنية والجنائية - محمود شلتوت - مطبعة الازهر .
- نظرات في الاسلام - محمد عبد الله دراز .
- اسس الاقتصاد بين الاسلام والنظم المعاصرة - ابوالأعلى المودودي - السلسلة الهاشمية - دمشق - ١٣٨٠هـ - ١٩٦٠ م .
- أحكام الوصية - بحوث مقارنة - علي الخفيف ١٩٦٢ .
- المدخل الفقهي العام - ج ١ - مطبعة جامعة دمشق - ١٩٥٢ مصطفى الزرقاء .
- المدخل الى نظرية الالتزام في الفقه الاسلامي - ج٢ - مطبعة جامعة دمشق - ١٩٥٨ مصطفى الزرقاء .
- العرف والعادة في رأي الفقهاء - أحمد فهمي أبو سنة - مطبعة الازهر - القاهرة - ١٩٤٩ .

ـ مقارنة المذاهب الاربعة ـ محمود شلتوت ومحمد السايس ـ مطبعة محمد علي صبيح ١٣٧٣هـ - ١٩٥٣م .
ـ النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الاسلامية ـ صبحي المحمصاني ـ جزءان ـ مطبعة الكشاف ـ بيروت ـ ١٩٤٨ .
ـ فلسفة التشريع في الاسلام ـ صبحي المحمصاني ـ ط . ثانية ـ مطبعة الكشاف ـ بيروت ١٩٥٢ .
ـ الفقه الاسلامي (مدخل لدراسته ـ نظام المعاملات فيه) محمد يوسف موسى جـ٢ - ١٩٥٦ م .
ـ كتاب اسبوع الفقه الاسلامي ـ المجلس الاعلى للشؤون الاسلامية ـ القاهرة
ـ تفسير القرآن ـ محمود شلتوت ـ مطبعة دار القلم .
ـ شرح الادلة الاصلية على مجلة الاحكام العدلية ـ محمد سعيد مراد الغزي مطبعة حكومة دولة دمشق ـ ١٣٤٠ هـ - ١٩٢٤ م
ـ مرشد الحيران الى معرفة أحوال الانسان ـ قدري باشا ـ المطبعة الاميرية بولاق ـ ١٣٠٨ هـ .

***

المراجع

في القانون المدنى

- اصول القانون ـ حسن كيره ـ مطبعة دار المعارف ١٩٦٠ .
- الوسيط ـ عبد الرزاق احمد السنهوري ـ في شرح القانون المدني الجديد ـ نظرية الالتزام بوجه عام ـ مصادر الالتزام ـ مطبعة جرينبرج ١٩٤٦ م.
- اصول الالتزامات ـ الجزء الاول ـ في مصادر الالتزام ـ سليمان مرقس ـ دار النشر للجامعات المصرية ـ القاهرة ١٩٥٦ .
- المدخل الى العلوم القانونية (سليمان مرقس) ١٩٦٠ .
- نظرية الالتزام في القانون المدني الجديد ـ احمد حشمت ابو ستيت ـ الطبعة الثانية ـ مطبعة مصر ـ القاهرة ١٩٥٤ .
- اصول القوانين ـ السنهوري وابو ستيت سنة ١٩٥٠ .
- محاضرات في المدخل للعلوم القانونية ـ نظرية الحق في القانون المدني ـ احمد سلامة ١٩٥٩ م .
- النظرية العامة للالتزام ـ الجزء الاول ـ عبد الحي حجازي ـ مطبعة نهضة مصر القاهرة ١٩٥٣ .
- محاضرات عن القانون المدني العراقي ـ الكسب دون سبب والفضالة كمصدرين للالتزام ـ صلاح الدين الناهي سنة ١٩٥٨ .
- النظرية العامة للالتزام ـ الجزء الاول ـ مصادر الالتزام ـ انور سلطان ـ مطبعة دار المعارف ١٩٦٢ م .

- شرح القانون المدني الجديد - الالتزامات - الجزء الثاني - في مصادر الالتزام - محمد كامل مرسي ١٩٠٥ .
- مصادر الالتزام - عبد المنعم فرج الصدة - ط - مطبعة البابي الحلبي - القاهرة ١٩٦٠ .
- المسؤولية المدنية ط . اولى - حسين عامر ، ١٩٥٦ .
- محاضرات في القانون المدني العراقي - حسن ذنون - مقومات الملكية والحقوق العينية والائتمان العقاري - ١٩٥٤ .
- محاضرات في القانون المدني السوري - مصطفى الزرقاء ١٩٥٤ .
- الوجيز في الحقوق المدنية ط (عدنان القوتلي) مطبعة جامعة دمشق طبعة ثانية ١٩٦٠ م .
- محاضرات في القانون المدني - حق الملكية - عبد المنعم فرج الصدة ١٩٦٠ .
- محاضرات عن القانون المدني العراقي - حق الملكية في ذاته - صلاح الدين الناهي - مطبعة الرسالة ١٩٦٠ - ١٩٦١ .
- التعسف في استعمال الحقوق والغاء العقود - حسين عامر - ط اولى - القاهرة ١٣٧٩ هـ ١٩٦٠ م .
- محاضرات في المسؤولية المدنية في تقنينات البلاد العربية (القسم الاول) الاحكام العامة - سليمان مرقس - دار النشر للجامعات المصرية ١٩٥٨ .
- محاضرات في النظرية العامة للحق - (شمس الدين الوكيل) مطبعة نهضة مصر بالفجالة ١٩٥٣-١٩٥٤ .
- محاضرات في النظرية العامة للحق - شفيق شحاته - ١٩٤٩-١٩٤٩ .
- الحقوق العينية الاصلية - حق الملكية - حسن كيرة .
- مذكرات في النظريات العامة للحق - عبد الحي حجازي ١٩٥٠-١٩٥١ .
- شرح القانون المدني الجديد ، جـ١ الحقوق العينية الاصلية - كامل مرسي - ١٣٧٠ هـ - ١٩٥١ م .

- شرح القانون المدني ـ حق الملكية ـ محمد علي عرفه ـ مطبعة جامعة فؤاد الاول ١٩٥٠ .
- المدخل للعلوم القانونية ـ عبد المنعم البدراوي .
- نظرية القانون ـ عبد الفتاح الباقي ـ ١٩٤٨ .
- محاضرات في القانون المدني العراقي ـ حامد مصطفى ١٩٦٣ .
- الحقوق العينية الاصلية ـ عبد المنعم البدراوي .
- المسئولية المدنية ـ التقصيرية والعقدية ـ حسين عامر ـ مطبعة مصر ـ طبعة اولى ـ القاهرة ١٣٧٦ هـ ١٩٥٦ م .
- مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني في الجمهورية العربية المتحده .

العلوم السياسية والقانون الدولي والدستوري والجنائي

- اصول النظم السياسية والاجتماعية ـ احمد عبد القادر الجمال ١٩٥٤ .
- الحريات العامة من سلسلة الاقتصاد والسياسة . طعيمة الجرف .
- النظريات والنظم السياسية ـ طعيمة الجرف .
- النظريات والمذاهب السياسية ـ مصطفى الخشاب .
- المدخل الى علم السياسة ـ بطرس غالي ـ ومحمد خيري عيسى .
- النظم الدستورية في البلاد العربية ـ سيد صبري .
- المسئولية الدولية ـ محمد حافظ غانم .
- اسباب الاباحة ـ محمد نجيب حسني .

المجلات

- مجلة الحقوق ـ جامعة القاهرة .
- مجلة القانون والاقتصاد ـ كلية الحقوق ـ جامعة القاهرة .
- مجلة العلوم القانونية والاقتصادية كلية الحقوق جامعة عين شمس .
- مجلة الازهر .
- مجلة رسالة الاسلام .
- مجلة حضارة الاسلام ـ تصدر في جامعة دمشق .

* * *

من آثار المؤلف

١ - المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الاسلامي - طبع دار الرشيد - دمشق - ١٩٧٥ .

٢ - أصول التشريع الاسلامي . طبع جامعة دمشق - ١٩٧٦ .
مقرر على الصف الرابع من كلية الحقوق .

٣ - أصول المعاملات في الفقه الاسلامي - طبع كلية الحقوق - جامعة الجزائر . (مؤسسة الامالي) ١٩٧٢ .

٤ - نظام الاسلام - طبع جامعة دمشق ١٩٦٧ (مؤسسة الامالي)

٥ - أصول الفقه الاسلامي-طبع مؤسسة الامالي في جامعة دمشق١٩٧٢ .
الصف الثاني. من كلية الشريعة.

٦ - أصول الفقه الاسلامي - طبع مؤسسة الامالي . جامعة دمشق ١٩٦٧
مقرر الصف الثالث من كلية الشريعة .

٨ - الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده .
- طبع جامعة دمشق - ١٩٦٧ (رسالة دكتوراة نالت درجة الامتياز بدرجة الشرف الاولى) .

٩ - نظرية التعسف في استعمال الحق
طبع جامعة دمشق ١٩٦٧

١٠ - بحوث في « الفقه المقارن » . طبع جامعة دمشق (مؤسسة الامالي).
- مقرر على الصف الرابع - كلية الشريعة - ١٩٧٧ .

من البحوث المقارنة
للمؤلف

١ ـ مبادىء نظام الحكم في الاسلام .
(بحث مقارن بالفقه الوضعي) .
ـ ألقي محاضرات في كلية الآداب، بجامعة الجزائر، ١٩٧١ ـ ١٩٧٤ .

٢ ـ بحث في (التكافل الاجتماعي في الاسلام) .
ـ مقدم لاسبوع الفقه الاسلامي المنعقد في القاهرة ١٩٦٧ . طبع المجلس الأعلى لرعاية الفنون والآداب والعلوم الاجتماعية بالقاهرة .

٣ ـ بحث (الحضارة الانسانية في الاسلام) .
ـ مقدم الى المؤتمر الاسلامي المنعقد في الخرطوم، السودان، ١٩٦٨ . طبع جامعة ام درمان الاسلامية بمناسبة مرور أربعة عشر قرناً على نزول القرآن الكريم .

المؤهلات العلمية
للمؤلف

١ – دكتوراة في الفقه الإسلامي وأصوله – درجة الامتياز بمرتبة الشرف الاولى – من كلية القانون والشريعة – جامعة الازهر – ١٩٦٥ .

٢ – دبلوم العلوم السياسية – دراسات عليا – قسم الدكتوراة – كلية الحقوق جامعة القاهرة – (سنتان دراسة متخصصة) ١٩٥٤ .

٣ – دبلوم في العلوم القانونية – (سنتان دراسة عليا متخصصة) في معهد البحوث والدراسات القانونية التابع لجامعة الدول العربية ١٩٦٣ .

٤ – العالمية مع الاجازة في تخصص القضاء الشرعي – كلية القانون والشريعة – جامعة الازهر – « سنتان دراسة عليا متخصصة في الاحوال الشخصية والاجراءات» ١٩٥١ .

٥ – العالمية مع الاجازة في التدريس – من كلية اللغة العربية ، جامعة الازهر (سنتان دراسة عليا متخصصة في التربية وعلم النفس) ١٩٥١

٦ – دبلوم في التربية وعلم النفس – سنتان دراسة عليا متخصصة ، من جامعة عين شمس ، بالقاهرة ١٩٥٢ .

٧ – ليسانس في الآداب ، قسم اللغة العربية ، بتفوق ، من كلية الآداب جامعة القاهرة ، ١٩٥٠ .

٨ – ليسانس في الشريعة ، كلية القانون والشريعة ، جامعة الازهر ١٩٤٧

مراجع

في القانون المدني

(باللغة الاوجنبية)

Josserand — L'abus des Droits . Paris — 1927 .
— De L'esprit des droits et de leur *relativité* (théorie dite de l'abus des droits) Paris 1927 .

Planiol — Traité élémentaire de *droit civil* .
— Traité paratique de droit civil francais le obligations . Paris — 1938 — 31 .

Mahmoud Fathy — La Doctrine Musulamane de L'Abus des Droits . Lyon 1913 .

الفهرس

الموضوع	الصفحة

الباب الاول

بحث مقارن في طبيعة الفقه الاسلامي ونظرية القانون .

الموضوع	الصفحه

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة
المسؤولية الفردية تستتبع حرية مقيدة	١٧٠
الفصل السابع ــ الحق والاباحة في الفقه الاسلامي .	١٧٢
المبحث الاول ــ الحقوق الذاتية والحقوق الغيرية او الوظيفية .	١٧٢
رأي فقهاء القانون .	١٧٦
في الفقه الاسلامي .	١٧٦
المنزلة الوسطى .	١٧٩
الحقوق التقديرية أو المطلقة	١٨٠
المنزلة الوسطى والحقوق التقديرية في الفقه الاسلامي وصلتها بنظرية التعسف .	١٨١
تعريف الحق في الفقه الاسلامي .	١٨٢
مقدمة	١٨٢
الفرع الاول تعريف الحق وتحليله .	١٨٣
المطلب الاول ــ تعريف الحق .	١٨٣
تعريف الحق لغة .	١٨٤
المطلب الثاني ــ تعريف الحق عند الفقهاء	١٨٤
المطلب الثالث ــ استعمالات الفقهاء للحق .	١٨٥
المطلب الرابع ــ تعريف الحق عند الاصوليين .	١٨٦
المطلب الخامس ــ تعريف الحق عند فقهاء المسلمين المعاصرين .	١٨٨
المطلب السادس ــ تعريفنا للحق في مفهومه الشرعي وصلته بنظرية التعسف .	١٩٢
تحليل التعريف ومحترزاته .	١٩٣

الموضوع	الصفحة
أهم ما يستنتج من هذا التعريف .	١٩٥
المبحث الثالث ـ الإباحة أو الرخصة في الفقه الاسلامي	١٩٧
تعريف الإباحة عند الفقهاء القدامى	١٩٧
القرافي يفرق بين الحق والرخصة	١٩٨
تعريف الإباحة عند الاصوليين .	١٩٩
تعريف الفقهاء المحدثين .	٢٠٠
الإباحة طريق الى التملك .	٢٠١
الاصل في الاشياء الإباحة .	٢٠٢
الحريات العامة من المصالح الحاجية في الشرع .	٢٠٣
الحريات العامة في الفقه القانوني .	٢٠٤
التمييز بين الحق والرخصة في القانون وصلته بمجال نظرية التعسف .	٢٠٥
تعريفنا للاباحة وتحليله وصلته بنظرية التعسف .	٢٠٦
تحليل التعريف .	٢٠٦
الإباحة الاصلية والطارئة .	٢٠٦
التصرف الايجابي والسلبي في المباح مقيد .	٢٠٨
المبحث الرابع ـ علاقة الحق بالحكم وفكرة وجود الحق .	٢٠٩
فكرة وجود الحق في التشريع الاسلامي أساسية .	٢١٠
المبحث الخامس ـ اعتبار الشرع الاسلامي كلاً من الحق والاباحة وسيلة ، وصلة ذلك بنظرية التعسف .	٢١٣
المبحث السادس ـ الوظيفة الاجتماعية للحق .	٢١٦

الموضوع	الصفحة